Besitzerwerb ohne Besitzwillen

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

der

juristischen Fakultät

der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn

eingereicht und nebst den beigefügten Thesen öffentlich verteidigt

am 26. April, vormittags 12 Uhr

von

Leo Raape,
aus Rheydt.

ACAD. IUGD DAT. BIBL.

Opponenten:
Herr Referendar Mülfarth.
Herr Referendar Peters.
Herr stud. iur. Fritz Raape.

Bonn,
Universitäts-Buchdruckerei von Carl Georgi.
1901.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548103_0078

Meinen Eltern!

Benutzte Litteratur.

Affolter, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 17 S. 3 ff.

Bartels in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 42, S. 645 ff.

Bekker, Iherings Jahrb. Bd. 34, S. 1 ff.

Biermann, Das Sachenrecht des BGB.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. II.

Dernburg, Pandekten 4. Aufl.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens Bd III, 1. Auflage[1]).

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. II.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Zweiter Band. Erste Lieferung: Sachenrecht von Lehmann, 1. Auflage, citiert Lehmann.

Frank, Der Besitzwille nach dem BGB. Bonn, Röhrscheid und Ebbecke. 1898.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB.

Ihering, Besitzwille.

Kniep, Der Besitz des BGB.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Zweite Auflage.

Neumann, Handausgabe des BGB. Zweite Auflage.

Planck, Kommentar zum BGB., Sachenrecht Tl. 1 und 2, herausgegeben von Achilles und Greiff, citiert Planck.

Staudinger, Kommentar zum BGB., 3. Band, Sachenrecht, erläutert von Karl Kober, citiert Staudinger.

Strohal, Iherings Jahrb. Bd. 38, S. 1 ff.

Windscheid, Pandekten 7. Aufl.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft.

1) Die 2. Auflage, nach Fertigstellung der Arbeit erschienen, weicht in den einschlägigen Fragen von der 1. Auflage kaum ab.

Stoffanordnung.

Einleitung: Erläuterung der Aufgabe.

Ausführung.

A. Vorarbeit: Der Besitzwille.

B. Besitzerwerb ohne Besitzwillen:

I. Einleitung. Litteraturübersicht.

II. Das erste Thatbestandsmoment: Das corpus.

III. Das zweite Thatbestandsmoment:

1. Giebt das Gesetz einen Anhaltspunkt dafür?
2. Entwickelung unserer Ansicht im Prinzip: Das zweite Thatbestandsmoment ist die iusta causa des corpus. Diese kann in der Zuwendungsabsicht einer andern Person oder des Gesetzes unmittelbar bestehen.
3. Die iusta causa im einzelnen:
   a) Die Zuwendungsabsicht einer andern Person:
      α) Ihr Begriff und Wesen.
      β) Inwieweit kommt daneben noch der Wille des Erwerbers in Betracht.
   b) Die iusta causa, welche unmittelbar auf dem Gesetz beruht.

Schluss: Die Wirkungen des Besitzes ohne Besitzwillen.

Einleitung.

Erläuterung der Aufgabe.

„Der Besitz wird durch Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben."

Dieser Satz, mit dem das BGB. § 854 Abs. 1 seinen Abschnitt über den Besitz beginnt, verkündet in seiner Kürze eindringlich die wichtigsten Neuerungen in der Besitzlehre. Aus ihm ersieht man zunächst, dass zum Thatbestand des Besitzes der animus domini nicht mehr erforderlich ist. Nicht nur wer den Willen hat, die Sache so zu besitzen wie ein Eigentümer, ist Besitzer, sondern auch, wer sie als Mieter, Niessbraucher, Verwahrer inne hat. Das BGB. hat sonach mit dem überlieferten römischen Dogma und seiner, den animus domini zum Ausgangspunkt nehmenden Unterscheidung zwischen Besitz und Detention gebrochen. Das neue Prinzip lautet: Jeder, der die thatsächliche Gewalt hat, ist Besitzer — ein Prinzip, welches freilich in § 855 BGB. eine gerechte Ausnahme erleidet.

Aber § 854 Abs. 1 spricht nicht nur nicht vom Erfordernis des animus domini, er redet nicht einmal vom animus possidendi überhaupt. Nimmt damit das neue Gesetz sogar in diesem Punkt Stellung gegen das römische Recht? Hat es dessen Fundamentalsatz: possessionem adipiscimur animo et corpore preisgegeben?

Einige wenige verneinen diese Frage. So sagt Gierke[1]), dass zwar „der animus als selbständiges Begriffsmerkmal entfernt und nur die äussere Erscheinung der thatsächlichen Sachherrschaft betont ist". „Das bedeutet freilich hier so wenig wie bei der Gewere eine Streichung des Willenselementes. Thatsächliche Gewalt „erlangen" oder „aufgeben" kann man nur durch ein mit Willensinhalt erfülltes Handeln[2])."

Fast alle andern — Bekker, Dernburg, Strohal, Cosack, Kniep, Lehmann, Neumann, Matthiass u. s. w. — sind der Meinung, dass der römische Grundsatz aufgegeben und ein Besitzerwerb ohne Besitzwillen heute möglich ist.

Im einzelnen gehen nun freilich auch die Vertreter der letzteren Ansicht weit auseinander.

Auch unser Standpunkt ist, dass es nach neuem Recht Besitzerwerb ohne Besitzwillen giebt.

Noch der erste Entwurf § 797 stellte als Erfordernisse für den Besitzerwerb Erlangung der thatsächlichen Gewalt und den Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille) auf. Der zweite Entwurf § 777 strich das zweite Thatbestandserfordernis in der Erwägung, dass die Aufstellung eines solchen für die Fälle bedenklich sei, in denen ein Erwerbswille desjenigen, der den possessorischen Schutz erlangen müsse, nur mit Hülfe willkürlicher Annahmen und Fiktionen zu konstruieren sei[3]). Der zweite Entwurf ist dann Gesetz geworden.

Hiernach steht für uns ausser Streit, dass nach

---

1) Seite 4.

2) Auch von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 9. Aufl. § 127 Note 5 hält nach BGB. § 854 einen Besitzwillen stets für erforderlich.

3) Protokolle Mugdan Seite 503.

neuem Recht in gewissen Fällen Besitz trotz mangelnden Besitzwillens erworben wird, dass also der Besitzwille kein unbedingt notwendiges Thatbestandsmerkmal für den Besitz bildet und insoweit der Fundamentalsatz des römischen Rechts preisgegeben ist.

Weitere Gründe hierfür bedarf es u. E. ebensowenig, wie aussichtslos ist, das Gegenteil beweisen zu wollen.

Dass die thatsächliche Gewalt, welche das Gesetz als Thatbestandsmerkmal für den Besitz aufstellt, nur durch ein mit Willensinhalt erfülltes Handeln erlangt werden könne, ist eine Behauptung, welche der Ansicht der Gesetzgeber, von denen doch die Wendung herrührt, schnurstracks zuwider läuft; und man wird auch nicht behaupten wollen, dass diese Ansicht in den fraglichen Worten nicht erkennbar zum Ausdruck gekommen sei.

Wir haben es uns daher auch nicht als unsere Aufgabe gedacht zu beweisen, dass ein Besitz ohne Besitzwillen nach BGB. möglich sei, als vielmehr zu untersuchen, inwieweit ein Besitz ohne Besitzwillen anzunehmen sei.

Ein solcher kommt aber, wie wohl zu beachten ist, nicht nur in Betracht, wenn ein Besitzwille gänzlich fehlt, sondern auch dann, wenn er an sich vorhanden ist. Denn der Umstand, dass er da ist, schliesst keineswegs ein, dass er wirksam gewesen ist. Das Gesetz kann, wenn auch nicht seine thatsächliche Existenz negieren, so ihm doch jegliche juristische Bedeutung aberkennen dergestalt, dass er ein blosses superfluum wird.

Daher hat sich die Untersuchung a priori auf beide Fälle zu erstrecken.

Dennoch ist es nicht nur nützlich, sondern u. E.

sogar notwendig, mit den Fällen des mangelnden Besitzwillens zu beginnen, und zwar aus folgendem Grunde:

Das Gesetz selbst hat sich über die hier zur Erörterung stehende Frage nicht ausgelassen; aber der legislatorische Gedanke, der naturgemäss einer Neuerung der vorliegendeu Art zugrunde liegt, ist klar; er lautet einfach: Es giebt Fälle, in denen ein Besitzwille mangelt und doch Besitzschutz vonnöten ist. Daher muss ein Besitzerwerb ohne Willen zugelassen werden.

Möglich ist nun, dass dem Gesetzgeber in den Fällen des mangelnden animus ein Besitzschutz in solch weitem Umfang notwendig erscheint, dass er dazu übergeht, das Erfordernis des Besitzwillens überhaupt und grundsätzlich fallen zu lassen. Der Besitzerwerb ohne Willen würde dann die Regel bilden und sogar da vorliegen, wo ein Besitzwille an sich vorhanden ist.

Möglich ist auch, dass dem Gesetzgeber in den Fällen des mangelnden animus Besitzschutz nur vereinzelt angebracht erscheint. Hier würde also der Besitzerwerb ohne Besitzwillen die Ausnahme sein und im übrigen die Regel bestehen bleiben: possessionem adipiscimur animo et corpore.

In jedem Fall also ist auszugehen von den Thatbeständen, in denen ein Besitzwille gänzlich fehlt. Denn hier erkennt man am ersten, warum und inwieweit das Gesetz von dem Erfordernis des Besitzwillens Abstand nahm, und aus diesen Fällen gewinnt man das sicherste Material zur Beantwortung der weiteren Frage, welche Rolle dem Besitzwillen da, wo er an sich vorhanden ist, belassen wurde. Was aber insbesondere das BGB. angeht, so wird die Untersuchung der Fälle, in denen kein Besitzwille da ist,

derartige Ergebnisse zeitigen, dass die weitere Frage inbezug auf die Fälle des vorhandenen animus sich von selbst erledigt.

Faktisch wird sich daher die Arbeit, indem sie ausgeht von den Fällen des mangelnden Besitzwillens, auch auf diese beschränken.

Übrigens liegt es auf der Hand, dass die Frage, welche Bedeutung dem Besitzwillen im Falle seines Vorhandenseins noch zukommt, theoretisch wie praktisch nur einen geringen Wert hat. Um so grösser ist die praktische Bedeutung der Frage, in welchem Umfang da, wo es keinen Besitzwillen giebt, Besitzerwerb zugelassen ist. Auch wird uns so zum Bewusstsein gebracht, welche Erweiterung gegenüber dem Röm. Recht der Besitzschutz erfahren hat.

Wenn es aber nach dem Gesagten notwendig ist, von den Fällen des mangelnden Besitzwillens auszugehen, dann gilt es in erster Linie, diese Fälle zu ermitteln, und dazu bedarf es vollster Klarheit über das Wesen des Besitzwillens.

Damit ist eine Zweiteilung der Arbeit gegeben. Der erste Teil ist einer Untersuchung über das Wesen des Besitzwillens gewidmet. Im zweiten Teil soll dann die eigentliche, die Hauptfrage erörtert werden, unter welchen Voraussetzungen da, wo ein Besitzwille mangelt, Besitzerwerb anzunehmen ist.

Der erste Teil der Arbeit hat also einen vorbereitenden Charakter. Es mag dies ein für alle Mal betont werden, zumal mit Rücksicht auf den grundsätzlich verschiedenen Zweck, den eine Untersuchung dieser Art, wie ersichtlich, nach altem Recht verfolgte.

Der erste Teil könnte dann weggelassen werden,

wenn jene Klarheit über das Wesen des Besitzwillens, wie sie für diese Arbeit erforderlich ist, in der wünschenswerten Weise bestände. Allseitig wird aber zugegeben und ein Blick in die einschlägige Litteratur bestätigt es, dass die Frage, ob ein Besitzwille vorhanden ist oder nicht, zu den schwierigsten gehört. Daher erscheint eine eingehendere Untersuchung durchaus gerechtfertigt. Eine äussere Veranlassung ist umsomehr gegeben, als gerade in letzter Zeit mit Bezug auf das BGB. von solchen Schriftstellern, welche sich mit dem Gedanken eines Besitzerwerbs ohne Besitzwillen nicht befreunden können und doch dem grössern Bedürfnis nach possessorischem Schutz Rechnung tragen wollen, der Versuch gemacht worden ist, einen Besitzwillen nachzuweisen und demgemäss einen Besitzerwerb animo et corpore zu konstruieren d a, wo nach unserer Meinung das Dasein eines Besitzwillens ausgeschlossen ist und ein etwaiger Besitzerwerb sich jedenfalls ohne Besitzwillen vollzieht.

Ausführung.

A. Vorarbeit: **Der Besitzwille.**

Der Besitzwille tritt am deutlichsten dann zu Tage, wenn jemand selbst handelt, um das Gewaltverhältnis herzustellen.

Schwieriger ist der Nachweis des Besitzwillens, wenn eine Handlung des angeblichen Erwerbers nicht unmittelbar vorliegt, sondern er durch ausser ihm liegende Mächte in solche Beziehungen zu einer Sache gesetzt wird, dass von einer thatsächlichen Gewalt im objektiven Sinn geredet werden kann.

Dies ist auf dreifache Weise denkbar. Es kann geschehen durch eine Naturkraft, z. B. der Strom treibt Schwemmholz auf jemandes Grundstück; durch ein Tier, z. B. ein Hund schleppt Dinge in das Haus seines Herrn; endlich durch einen Menschen.

Wenden wir uns zunächst dem letzten Fall zu.

Wenn jemand bestellte Waren während unserer Abwesenheit in unserem Hause niederlegt, so ist zweifellos der Besitzwille vorhanden. Derselbe hat sich nicht nur vorher geäussert, er hat auch die Handlung, durch welche die Sache in unsern Machtbereich gelangte, ins Leben gerufen. Das Aussergewöhnliche besteht nur darin, dass der Wille eine fremde Kraft zur Herstellung des Gewaltverhältnisses in Bewegung setzte.

Wie liegt der Fall, dass Briefe in den Briefkasten des Adressaten geworfen werden? Auch hier wird mit Recht allgemein ein Besitzwille des letzteren angenommen. Anders freilich Affolter[1]).

---

1) Seite 5.

Ist auch in dem Fall, dass jemandem eine nicht bestellte Sache, z. B. eine Warenprobe, während seiner Abwesenheit von einem fremden Geschäftsmann ins Haus gelegt wird, ein Besitzwille anzunehmen? Dies bejaht Frank. Denn — sagt er — „die Wohnung ist im grossen, was der Briefkasten im kleinen.“ „Bringt jemand bei mir ein, so besitze ich nur, weil ich meiner Wohnung die Bestimmung gegeben habe, mir an allem, was für mich ihrem Schutz anvertraut wird, die Sicherheit wirtschaftlicher Nutzung zu verschaffen“ [1]).

Dieser Satz eröffnet eine ungeheure Perspektive: Der Herr der Wohnung will alles haben, was in dieselbe befördert wird, wofern es nur für ihn bestimmt ist und dem Schutz der Wohnung anvertraut wird.

„Steckt mir mein Vater bei der Abreise ein Geldstück ohne mein Wissen in die Tasche, so besitze ich es darum nicht minder mit meinem Willen“ [2]). Es kann selbstverständlich Frank nicht entgangen sein, dass jemand bei weitem nicht alles mit Freuden begrüssen wird, was möglicherweise in seine Wohnung gelangt ist. Er sagt denn auch selbst: „Um unsere Kauflust zu reizen, werden uns tagtäglich Bücher etc. zugeschickt. Oft sind sie uns erwünscht, oft nicht“ [3]). Dass nun ein Mensch, der dieses voraussieht, dennoch seiner Wohnung jene gewaltig umfangreiche Zweckbestimmung giebt, ist doch nicht ohne weiteres anzunehmen.

Man würde den Kolporteur, der uns ein schmutziges Buch zum Kauf anbietet, zur Thür hinausweisen; bringt er es aber ohne unser Wissen in unsern Bereich, so fährt plötzlich und mit Notwendigkeit der

1) Seite 23.
2) Frank Seite 57.
3) Seite 22.

Generalwille in uns hinein. Der aber nimmt Gutes und Schlechtes. Er will alles haben, was für uns dem Schutz unserer Wohnung anvertraut wird. Das können so ziemlich alle Güter der Erde sein, alle ausser Bomben.

„An einer Dynamitbombe, die ohne mein Wissen in meiner Wohnung liegt, habe ich keinen Besitz. Diese Bombe läuft der Zweckbestimmung meiner Wohnung gerade zuwider“ [1]). Aber sollte nicht ein Nihilist, der sich neben dem russischen Kaiserpalast eingemietet hat und gar zu gern, sei es auch auf Kosten seiner Habseligkeiten, den Palast in die Luft sprengen würde, mit Freuden die Bombe begrüssen? Weiter: was im Fall der Bombe gerecht ist, soll es in andern Fällen nicht billig sein? Wie vielerlei Dinge giebt es nicht, von denen jemand sagen wird, dass sie der Zweckbestimmung seiner Wohnung zuwiderlaufen!

Und wie der Generalwille uns zugesprochen wird inbezug auf Dinge, die wir nicht haben wollen, so wird er jemandem vielleicht da abgesprochen, wo er vorhanden ist. Der Generalwille eines Menschen umfasst nach Frank nur, was für ihn dem Schutz seiner Wohnung anvertraut wird. Es ist aber nicht einzusehen, warum der Dieb sich nicht auf seine diebische Gesinnung berufen dürfe, infolge deren sein Generalwille sich auch auf das erstrecke, was nicht für ihn in seine Wohnung eingebracht sei. Man wird entgegnen: Die diebische Absicht darf das Gesetz nicht beachten. Mag sein, darin liegt aber das Zugeständnis, dass es auf Kosten des konkreten Willens geschieht.

Uns dünkt nach allem dem der auf die Wohnung bezügliche Generalwille in der von Frank behaupteten Allgemeinheit nichts wirkliches, sondern erdichtetes.

---

1) Frank Seite 23.

Er wird souverän bald zu-, bald aberkannt, je nachdem Besitzschutz angebracht erscheint oder nicht.

Der Ausgangspunkt Franks, dass die Wohnung im grossen sei, was der Briefkasten im kleinen, dürfte eben nicht richtig sein.

Denn zunächst ist die normale Zweckbestimmung beider eine ganz verschiedene. Der Briefkasten hat die Bestimmung, die an mich gerichteten Briefe für mich aufzunehmen. Die Wohnung dient zum Wohnen. Dass diese keine Generalempfangsvollmacht hat, ergiebt sich aus der einfachen Thatsache, dass man höchst erstaunt ist, wenn man Sachen in ihr findet, die durch das eigenmächtige Handeln dritter dorthin gelangt sind. Daher kann bei einer Wohnung regelmässig nicht von einem Generalwillen gesprochen werden, wohl aber inbezug auf den Briefkasten.

Dieser Wille ist Ausfluss freier Entschliessung. Sie geht hervor aus der Erwägung der mit dem Halten des Briefkastens verbundenen Vorteile. Das Halten einer Wohnung ist dagegen nicht Sache freien Beliebens, sondern eine Notwendigkeit. Man kann wohl sagen, dass, wenn jemand keine Wohnung hat, dies unfreiwillig geschieht. Alle Menschen sozusagen haben eine Wohnung, nicht alle einen Briefkasten.

Der auf den letzteren bezügliche Generalwille offenbart sich der Aussenwelt so deutlich wie nur möglich durch die Anbringung und Benutzung des Briefkastens. Ja mehr noch, der Generalwille bethätigt sich auch. Wenn der Briefkasten nicht angebracht wäre, würde der Postbote die Briefe dem Adressaten persönlich geben. Jetzt aber winkt der Kasten dem Briefträger zu und fordert ihn auf, die Postsendungen ihm kraft seiner Empfangsvollmacht anzuvertrauen. Wie diese Funktion des Briefkastens

auf der freien Handlungsweise des Adressaten beruht, so ist auch der Erfolg als durch diesen selbst herbeigeführt anzusehen. Es ist in der That nicht anders, wie in dem Fall, dass Waren in Abwesenheit des Bestellers auf Grund einer Vereinbarung in seinem Hause niedergelegt werden. Ein unwesentlicher Unterschied ist höchstens der, dass bei der Ablieferung bestellter Waren die Initiative voll und ganz vom Besteller ausgeht, während hier nur einer bereits aus eigenem Antrieb begonnenen Handlung eine andere Richtung gegeben wird.

Warum fasst endlich der Mensch inbezug auf den Briefkasten einen Generalwillen, hinsichtlich der Wohnung aber nicht? Er staunt nicht nur, wenn er erfährt, dass Sachen durch dritte ohne sein Zuthun in seine Wohnung gelangt sind, sondern dies Erstaunen wird sogleich durch die Neugier verdrängt, was für Dinge es denn wohl sein mögen, ob sie ihm nützlich oder schädlich, angenehm oder unangenehm. Und ist letzteres der Fall, so ärgert er sich und klagt über den Missbrauch seiner Wohnung. — Ganz anders bei den Briefen. Ob er sie aus dem Kasten oder unmittelbar aus der Hand des Überbringers nimmt, ist ihm regelmässig ganz gleichgiltig. Er sieht ihrem Äussern kaum an, ob sie ihm Gutes oder Schlechtes bringen, sondern um das zu erfahren, muss er sie erst lesen, und dazu ist nötig, dass er sie besitzt. Was auch immer der Brief also enthalten mag, ob der Empfänger bei seiner Durchsicht weint oder jubelt — er will ihn besitzen. Und ist der Brief ein Schmähbrief, so ist der Empfänger entrüstet über den Absender, nicht aber empfindet er einen Missbrauch seines Briefkastens. Dieser erfüllte nur seine Bestimmung, indem er die Briefe aufnahm, einen wie den andern.

Diese Ausführungen haben den Normalfall im Auge. Abweichungen sind möglich sowohl was den Briefkasten als auch was die Wohnung betrifft.

Zunächst wird es nicht notwendig jeder Mensch für zweckmässig halten, die Empfangnahme der Briefe durch einen Briefkasten zu vermitteln. Ein von seinen Gläubigern gehetzter Schuldner z. B., der sich bei jedem Schreiben vergewissern möchte, ob es nicht eine Mahnung enthält, wird keinen Briefkasten anbringen, denn er würde der Kontrolle im Wege stehen.

Auch ist denkbar, dass jemand die Empfangsvollmacht seines Briefkastens einschränkt, indem er auf ihn einen Zettel des Inhalts klebt, dass er sich Lotterie-Prospekte oder Probenummern von Zeitungen gewisser Richtung ein für alle Mal verbitte. Er kann auch diesen Willen dem Postboten unmittelbar mitteilen. Wenn dann aus Versehen dennoch ein Schreiben von der Art der verbetenen in den Briefkasten befördert wird, so kann kein Zweifel darüber herrschen, dass inbezug auf dieses Schreiben ebenso wenig ein Besitzwille vorhanden ist, wie inbezug auf einen Brief, der überhaupt nicht die Adresse des Betreffenden trägt. Dies ist somit eine Art Probe auf die Positivität des Generalwillens.

Es steht nichts im Wege, dass man auch andern Sachen als Briefkasten Generalempfangsvollmacht erteilt, z. B. einem Automaten, aber auch seiner Wohnung oder einem Teil derselben, etwa dem Hausflur. Jemand sagt z. B. dem Postboten seines Bezirks, er möge die für ihn bestimmten Briefe im Fall seiner Abwesenheit in dem Hausflur niederlegen. Und nun liegt es nahe zu fragen, ob es denn nicht denkbar sei, dass, wie jemand seinem Briefkasten oder seinem Hausflur bezüglich der an ihn gerichteten Briefe, so

auch seiner Wohnung schlechthin bezüglich aller für ihn bestimmten Sachen Generalempfangsvollmacht erteile. Sollte m. a. W. der Generalwille im Sinne Franks niemals und unter keinen Umständen vorkommen?

Die Antwort giebt der folgende Fall: Eine Familie reist ins Bad und schliesst ihre Etagen-Wohnung. Der Herr hinterlässt einen Zettel mit der Aufforderung, alle für ihn oder seine Familie bestimmten Sachen auf dem Flur niederzulegen.

Zweifellos kann hier ein Generalwille des Inhalts vorliegen, dass jemand alle in seine Wohnung gelangten und für ihn bestimmten Sachen haben will, und man wird dem Herrn den Besitzwillen inbezug auf alle dieses Bestimmungsmerkmal an sich tragenden Sachen zusprechen müssen, mögen sie im übrigen vorhergesehen oder unvorhergesehen, angenehm oder unangenehm sein. Das letztere bedarf nun freilich mit Rücksicht auf das früher Gesagte der Erklärung. Wie kann man bei jemand den Besitz an Sachen, die ihm aufs ärgste verhasst sind, als gewollt annehmen?

Der Erscheinung, dass jemandem der Wille inbezug auf etwas zugesprochen werden muss, was er an sich nicht gewünscht hat, begegnet man im Leben und zumal auch im Rechtsleben sehr häufig. Man denke an den Fall, dass jemand seine Vollmacht überschreitet, die Prokura missbraucht.

Hier bewährt sich der von Zitelmann[1]) entwickelte Begriff der unbestimmten Absicht. Er sagt: „Die Person kann bezüglich der einzelnen Endpunkte beim Rechtsgeschäft auf eine vollständige Individualisierung verzichten, und zwar in grösserem oder ge-

1) Irrtum und Rechtsgeschäft Seite 500 ff.

ringerem Umfange. Für die Hebung dieser Unbestimmtheit muss dann immer eine Quelle durch den Willen der Parteien oder unmittelbar durch das Gesetz bestimmt sein: sei diese Quelle nun der eine der Contrahenten, ein dritter oder der Zufall“ ...[1]).

Die unbestimmte Absicht im engeren Sinn liegt dann vor, wenn „ich das Bestimmungsobjekt — die Rechtsfolge selbst oder irgend eines ihrer einzelnen Momente: Recht, Person, Sache u. s. w. — nicht einmal nach Gattungsmerkmalen bestimme, sodass ich mir aus diesen Merkmalen wenigstens ein ungefähres Bild machen kann, sondern so, dass ich meine Absicht auf jedes mögliche Objekt, auf jede Rechtsfolge, jedes Recht, jede Person, jede Sache richte, indem ich dabei sofort wieder irgend ein Merkmal angebe, durch welches sich die völlige Unbestimmtheit in völlige Bestimmtheit verwandelt oder verwandeln wird, sei es nun, dass dieses Merkmal einem der möglichen Objekte bereits anhaftet, sei es, dass dasselbe sich erst später an einem derselben verwirklichen wird“ [2]).

Dass diese unbestimmte Absicht etwas wirkliches ist und viele Rechtserscheinungen ohne diesen Begriff gar nicht erklärt werden können, dünkt uns sicher. Wenn ein Testator denjenigen, qui primus ad funus ierit, zum Erben einsetzt, wenn jemand einem andern, wie weiland König Herodes der Tochter der Herodias, mit einem Eide verheisst: er wolle ihm geben, was er fordern würde — so mag das etwas aussergewöhnliches sein. Man denke aber auch an die allgemeine Vollmacht „Beabsichtigung der Rechtsfolgen, welche der Bevollmächtigte für mich beabsichtigen wird“, an

1) a. a. O. Seite 500.
2) a. a. O. Seite 514, Note 478.

den „Handlungschef, der die von seinem Correspondenten geschriebenen Geschäftsbriefe unterschreibt, ohne sie zu lesen“ [1]).

So gewiss diese Fälle vorkommen, so gewiss und wahr ist „die unbestimmte Absicht.“ „Diese Unbestimmtheit der Absicht kann mehr oder minder gross sein, sie kann einen mehr oder minder weiten Kreis von Rechtsfolgen umfassen; immer umfasst sie jede einzelne der zu diesem Kreise gehörigen Rechtsfolgen, und immer bleibt es wahr, dass diese — individuell gar nicht vorgestellte — Rechtsfolge doch beabsichtigt sei“ [2]), und zwar auch dann, wenn man sich für diese Rechtsfolge in concreto nicht entschieden haben würde, falls man in concreto zu entscheiden Gelegenheit gehabt hätte.

„A sagt dem B, er habe ihm ein Geschenk ausgesucht, in diesem Briefe sei geschrieben, was es sei, B solle aber erst an seinem Geburtstage den Brief öffnen. B acceptiert das Geschenk sofort, natürlich ohne zu wissen was es sei; seine Absicht richtet sich also auf jede mögliche Sache, und diejenige Sache ist schliesslich Gegenstand der Schenkung, bei welcher das Merkmal, „dass A dieselbe ausgesucht hat“, zutrifft“ [3]).

Warum acceptiert B? Er sieht, während er überlegt, ob er annehmen soll, sehr wohl voraus, dass das Geschenk möglicherweise nicht nur seinem Geschmack widerspricht, sondern ihm vielleicht Ärger und Verdruss bereitet. Aber die grössere Wahrscheinlichkeit scheint ihm doch die zu sein, dass der Freund ihm etwas angenehmes bescheren werde. Und aus diesem

1) a. a. O. Seite 518. 2) a. a. O. Seite 518.
3) a. a. O. Seite 516.

Grunde, vielleicht aber noch aus einem andern, z. B. aus Rücksicht auf den Freund, dem er nichts abschlagen will, nimmt er trotz jener Voraussicht den Antrag des Freundes an: Um des Guten willen hat er das Böse mitgewollt!

Von dem Kaufmann, der die Geschäftsbriefe seines Correspondenten ungelesen unterschreibt, sagt Zitelmann: „Er erkauft sich die Bequemlichkeit nicht zu lesen mit der Unsicherheit der Haftung aus unbestimmter Absicht, er wird zweifellos diese unbestimmte Absicht, welche jeden möglichen Inhalt des Briefes (vielleicht indes doch mit einigen Beschränkungen) umfasst, in sich hegen, weil er sonst den Credit seines Geschäftes untergraben würde“ [1]).

Demgemäss kann es auch jemand für zweckentsprechend halten, dass er seiner Wohnung Generalempfangsvollmacht erteile. Der Generalwille im Sinne Franks ist denkbar. Aber es heisst — wie wir eingangs sahen — der täglichen Lebenserfahrung widersprechen, wollte man diesen Generalwillen schlechthin und mit Notwendigkeit bei jedem Menschen voraussetzen. Die unbestimmte Absicht ist stets etwas nicht ganz tagtägliches, in dem Umfang und bei der Allgemeinheit jenes Generalwillens aber etwas geradezu anomales. Eine solche Anomalität darf man daher nur aus ganz besonderen Gründen als vorhanden annehmen, wie z. B. in dem erwähnten Fall, dass die verreiste Familie einen Zettel zurücklässt mit der Aufforderung, die für sie bestimmten Sachen im Flur niederzulegen.

Hier tritt der Generalwille, die unbestimmte Absicht eben so deutlich zu Tage wie inbezug auf den

---

1) a. a. O. Seite 518.

Briefkasten. Und auch sein Wirken erkennt man klar. Wenn der Überbringer den Zettel nicht vorgefunden hätte, wäre er wahrscheinlich mit seinem Packet umgekehrt. Nun aber lässt er es zurück. Es entspricht dies nicht nur dem Willen des Empfängers, es ist geradezu auf diesen zurückzuführen: der Wille hat sich in Handlung umgesetzt!

Und damit kommen wir zu einem bereits angedeuteten Punkt, wo es sich nicht mehr um etwas psychologisches, sondern etwas rein juristisches handelt.

Ein Briefträger schiebt unaufgefordert die Briefe unter der Thür weg in den Hausflur des Adressaten. Kann man dann auch von einem Generalwillen reden? Wenn der Adressat auf das abgekürzte Verfahren mehrmals eingegangen ist, indem er die Briefe an sich nahm, so wird man darin unter Umständen eine stillschweigende Vollmachtserteilung erblicken können — eine Vollmachtserteilung, welche sich insbesondere dem Postboten dadurch kundgiebt, dass auf das von ihm geübte Verfahren bisher keine Beschwerde gefolgt ist. Wie aber, wenn der Postbote zum ersten Mal so verfährt und der Brief, bevor der Adressat davon Kenntnis erlangte, von einem Dritten weggenommen wird? Der Fall unterscheidet sich von den früheren zunächst dadurch, dass es an einer Kundgebung des Besitzwillens fehlt, und man kann daher mit Recht zweifeln, ob überhaupt von vornherein ein Besitzwille beim Adressaten vorhanden war und nicht vielmehr der Wille, von dem vielleicht mit Sicherheit zu sagen war, dass der Adressat ihn fassen würde, erst nachträglich gefasst und dann im Wege der Selbsttäuschung zurückdatiert worden ist.

Aber nehmen wir an, dass der Wille, den Brief zu haben, von Anfang an unzweideutig zu Tage ge-

treten ist. Jemand spricht z. B. sein sehnsüchtiges Verlangen nach einer Mitteilung von gewisser Seite seinen Hausgenossen gegenüber aus. Ist dieser Wille Besitzwille im rechtlichen Sinn?

Zunächst genügt dieser Wille jedenfalls nicht den Anforderungen, welche das Römische Recht an den Besitzwillen stellt. Denn was ist es mit diesem Willen? Er spielt eine wahrhaft traurige Rolle. Er bethätigt sich nicht, er setzt sich nicht in Handlung um, er hat auf die Herstellung des Gewaltverhältnisses keinen Einfluss. Dies erkennt man deutlich in dem Fall, dass der Betreffende noch immer auf den Postboten wartet und jammernd den „Besitzwillen" bekundet, während der Brief längst im Hausflur liegt. — Ganz anderes gilt für den Besitzwillen im rechtlichen Sinn — wenigstens nach der Auffassung, die sich im Anschluss an Entscheidungen des C. J. mehr und mehr Bahn gebrochen hat.

So sagt Windscheid[1]: „Die thatsächliche Gewalt muss der Ausdruck des Aneignungswillens sein. Es reicht nicht hin das Nebeneinanderstehen von thatsächlicher Gewalt und Aneignungswille; es ist eine Beziehung zwischen beiden nötig. Der Aneignungswille muss auf die Sache als eine in der thatsächlichen Gewalt befindliche gerichtet sein."

Ähnlich sagt Ihering[2]: „Der Besitz ist mithin nicht das blosse Zusammentreffen von corpus und animus, was für jedes der beiden Erfordernisse bereits ihr vorheriges Dasein in sich schliessen würde, sondern das corpus ist die That des Willens, es ist vorher ebensowenig da wie das Wort, bevor es gesprochen wird. Wie Wort und Gedanke, so verhalten

1) Pand. I, Seite 153 Anm. 1a. 2) Seite 36.

sich corpus und animus, im Wort verkörpert sich der bis dahin rein innerliche Gedanke, im corpus der bis dahin rein innerliche Wille, für die Wahrnehmung existiert bis dahin keins von beiden.“

Zweifellos ist das thatsächliche Verhältnis des Briefes zu dem Adressaten in unserm Fall nicht die That des Willens des Empfängers. Daher verdient weder dieses Verhältnis den Namen corpus im Sinne Iherings, noch ist das Habenwollen des Empfängers Besitzwille im juristischen Sinn, und von Besitzerwerb kann hier nach Römischem Recht keine Rede sein.

Wenn dagegen der Bote die Briefe dem Briefkasten des Adressaten anvertraut oder die zu überbringenden Sachen gemäss der Aufforderung des verreisten Hausherrn in seinem Flur niederlegt, so ist dies, wie wir schon sahen, auf den Willen des letzteren zurückzuführen. Das Gewaltverhältnis ist das Werk seines Willens. Doch ist wohl zu beachten, dass dies nicht ausnahmslos in Beispielen der vorliegenden Art zutreffen wird. Man nehme z. B. an, dass der Überbringer jene Aufforderung des verreisten Hausherrn übersehen hat und trotzdem sein Packet im Haus zurücklässt. Die Wirkung entspricht zwar hier dem Willen des Adressaten, steht aber in keinem Zusammenhang mit diesem; sie wäre vielmehr auch dann eingetreten, wenn der Empfänger den entgegengesetzten Willen bekundet hätte.

Möglich ist auch, dass jemand jene Aufforderung zwar gelesen, aber nicht mit Rücksicht auf sie gehandelt hat. Jemand legt z. B. eine Bombe in verbrecherischer Absicht nieder. Man wird nicht behaupten wollen, dass der Verbrecher, indem er so handelte, lediglich der Aufforderung des andern nachzukommen im Sinne hat. Diese war für seinen Ent-

schluss garnicht bestimmend, er hätte auch ohne diese gehandelt. Die Wirkung ist lediglich die That seines Willens. Wenn dagegen ein Bote den Auftrag hat, ein Packet, enthaltend eine Bombe, wovon er jedoch nichts weiss, dem Adressaten persönlich zu übergeben, diesen nicht antrifft und in dem Augenblick, wo er unverrichteter Sache weggehen will, den vom Adressaten hinterlassenen Zettel zu Gesicht bekommt und nunmehr das Packet im Flur niederlegt, so dürfte kein Zweifel darüber herrschen, dass dieser Erfolg dem Willen des Empfängers zuzuschreiben ist.

Die Iheringsche Unterscheidung von corpus und Raumverhältnis ist jedem geläufig. Doch mag hier schon hervorgehoben werden, dass auch ein Ausdruck für „dasjenige körperliche Verhältnis zur Sache, welches die faktische Gewalt über sie bedingt“ [1]), nicht zu entbehren ist. Auch dieses Verhältnis pflegt man mit corpus zu bezeichnen. Das von Ihering geprägte Wort Raumverhältnis hat daran nichts zu ändern vermocht. Das Wort ist in der That etwas farblos. Wenn ein Ring auf jemandes offenes Grundstück gerät, so ist das gewiss nicht dasjenige körperliche Verhältnis, welches die faktische Gewalt über den Ring bedingt, und doch liegt ein Raumverhältnis vor.

Der Doppelsinn von corpus hat auch seine Unzuträglichkeiten: immerhin ist man sich aber dieses Doppelsinns bewusst.

Die Unterscheidung des blossen Habenwollens einer Sache und des sich in die That umsetzenden, das corpus schaffenden Besitzwillens verdiente ebenso sehr hervorgehoben zu werden. Und doch hat man

1) Puchta, Pandekten § 123.

unseres Wissens, anders wie bei dem realen Moment des Besitzes, nicht einmal den Versuch gemacht, diesen Unterschied terminologisch zum Ausdruck zu bringen. Man könnte vielleicht den natürlichen dem juristischen Besitzwillen gegenüberstellen. Diese Unterscheidung dürfte nicht ungerechtfertigt sein. Wenn Ihering nur dasjenige objektive Gewaltverhältnis, welches der Ausdruck des Besitzwillens ist, corpus genannt wissen will, so ist es folgerichtig, auch nur dasjenige Habenwollen der Sache, welches sich in der Herstellung des Gewaltverhältnisses ausdrückt, Besitzwillen im juristischen Sinn zu nennen [1]).

Betrachten wir nunmehr den Fall, dass der Briefträger unaufgefordert den Brief unter der Thür weg in den Hausflur des Adressaten schiebt, vom Standpunkt des B G B.! Kann man vielleicht nach diesem Besitzerwerb kraft des Willens des Adressaten annehmen?

§ 867 Satz 1 BGB., welcher später von andern Gesichtspunkten aus eingehender zu besprechen sein wird, lautet: „Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines andern befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstücks die Aufsuchung und die Wegschaffung zu

---

1) Ihering sagt, wie schon citiert: „Im Wort verkörpert sich der bis dahin rein innerliche Gedanke, im corpus der bis dahin rein innerliche Wille; für die Wahrnehmung existiert bis dahin keins von beiden“. Der Fall, von dem wir ausgingen, lehrt, dass Ihering mit diesen Worten zu weit gegangen ist, wofern er sie überhaupt wörtlich meinte. Das Habenwollen des Briefes war sehr wohl wahrnehmbar, trotzdem es sich nicht in der Herstellung des corpus bethätigte. Wäre in diesem Fall der Wille stets nur ein innerlicher, so hätte er allerdings weniger Anspruch auf eine besondere Bezeichnung!

gestatten, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist.“ Es ist hier vom Gesetz stillschweigend angenommen, dass jemand an den Sachen, die aus der Gewalt eines andern auf sein Grundstück gelangen, nicht ohne weiteres Besitz erworben hat. Damit dies der Fall sei, bedarf es erst noch der „Inbesitznahme.“

Planck[1]) hat die verschiedenen Wendungen, deren sich das Gesetz bedient, um auszudrücken, dass eine Sache in jemandes Besitz gelangt sei, zusammengestellt. Es ist eine förmliche Stufenleiter, angefangen mit dem farblosen „Der Besitz wird erworben“ des § 854 Abs. 1 bis zu der von Planck nicht besonders hervorgehobenen „thatsächlichen Ergreifung“ in §§ 2025 und 2027. Dazwischen stehen: „Besitz erlangen, Besitz ergreifen, sich den Besitz verschaffen, in Besitz nehmen.“ Es wäre eine Aufgabe für sich, die Nüancen der verschiedenen Wendungen zu ergründen. So viel aber sieht man auf den ersten Blick, dass mit dem Ausdruck „Besitz wird erworben“ sich wohl verträgt, dass der Erwerber eine passive Rolle dabei spielt. Umgekehrt setzt das „In Besitz nehmen“ ein Handeln des Erwerbers voraus. Welcher Art muss dieses Handeln sein? Genügt eine blosse Erklärung oder ist eine Bethätigung nötig? Die Antwort giebt § 984 BGB.: „Wird eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, dass der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (Schatz), entdeckt und in Folge der Entdeckung in Besitz genommen, so wird das Eigentum zur Hälfte von dem Entdecker, zur Hälfte von dem Eigentümer der Sache erworben, in welcher der Schatz verborgen war.“

1) Anm. zu § 854 Note 1b.

Zum Eigentumserwerb an dem Schatz ist also nicht nur nötig, dass er entdeckt, sondern auch, dass er infolge der Entdeckung „in Besitz genommen“ werde. Das Römische Recht stand bekanntlich auf einem andern Standpunkt, wenigstens nach der herrschenden Meinung. Auch in der Kommission traten einige für eine Regelung im Sinne des Römischen Rechts ein. Die Mehrheit ging aber offenbar von der Ansicht aus, dass das entscheidende Gewicht darauf zu legen sei, dass der Schatz der Welt zurückgegeben und ihren Interessen wieder nutzbar gemacht werde [1]). Dies geschieht aber nicht schon durch die blosse Entdeckung, sondern erst mit der „Inbesitznahme.“ Es kann aber weiter auch darüber kein Zweifel herrschen, dass eine blosse Erklärung des Besitzwillens im Sinne des § 984 nicht ausreichen würde. Als Inbesitznahme im Sinne des § 984 kann vielmehr nur eine Handlung gelten, und zwar diejenige Handlung, welche die Sache in die Gewalt des Handelnden bringt.

Es hiesse nun gering von der Sorgfalt des Gesetzgebers denken, wollte man annehmen, dass die Inbesitznahme im § 867 anders aufzufassen sei. Wer das Gegenteil behauptet, an dem ist es, dies zu beweisen. Bis dahin halten wir an der Ansicht fest, dass die Wendung „In Besitz nehmen“ vom Gesetz stets im gleichen Sinn gebraucht wird und dass insbesondere der Grundstücksbesitzer in einem unter § 867 gehörenden Fall handeln muss, um den Besitz an der auf sein Grundstück gelangten Sache zu erwerben. Und es ergiebt sich somit der Grundsatz, dass als Besitzwille, genau wie im römischen Recht, nur der Wille

1) Vergl. Guttentag, Protokolle der Kommission für die 2. Lesung. Sachenrecht, Seite 274.

zu gelten hat, der sich bethätigt in der Herstellung des Gewaltverhältnisses.

Von diesem Grundsatz giebt es freilich eine wichtige, in Wahrheit vielleicht auch nur scheinbare Ausnahme, zu der bereits das römische Recht Ansätze erkennen lässt. § 854 Abs. 2 BGB. sagt: „Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben". Hier reicht also die blosse Erklärung des Besitzwillens aus.

Rechtfertigt nun unser Fall nicht etwa eine solche Ausnahme? Gewiss ist, dass der Postbote dem Adressaten Besitz zuwenden will, gewiss ist auch, dass der letztere den Besitz erwerben will. Aber eine Einigung zwischen den beiden dürfte darum doch nicht vorliegen. Diese verlangt ihrem Begriff nach, dass jemand nicht nur einen Willen fasst, der dem eines andern entspricht, sondern auch, dass er ihn mit Rücksicht auf den Willen des andern bildet. Dies setzt aber zum mindesten voraus, dass man davon Kenntnis erlangt hat. Von allem dem ist in unserm Fall nicht die Rede. Möglich ist z. B., dass der Adressat zum Postamt geht und sich erkundigt, ob der Brief, der längst in seinem Hause liegt, noch nicht eingetroffen sei. Sein Wille geht nicht auf den des andern ein, sondern geht fremd an ihm vorüber.

Das Ergebnis ist somit dieses, dass in dem Willen, eine Sache zu haben, mag er sich noch so unzweideutig geäussert haben, an sich weder vom Standpunkt des römischen Rechts noch dem minder strengen des BGB. ein „juristischer Besitzwille" erblickt werden kann.

Wie viel weniger ist ein solcher dann anzunehmen, wenn jemand nicht einmal den „natürlichen Be-

sitzwillen“ inbezug auf die Sachen, an denen ihn Frank kraft des angeblichen Generalwillens Besitz erwerben lässt, gefasst und geäussert hat.

Die Konstruktion Franks, dem hinsichtlich seiner Resultate selbst das Verdienst nicht abgesprochen werden darf, dass er sich von dem modernen Radikalismus in der Besitzlehre fernzuhalten gewusst hat, dürfte nach dem Gesagten auf einem doppelten Irrtum beruhen, einem psychologischen und einem juristischen. Jener besteht in der den Thatsachen widersprechenden Annahme, dass jedermann schlechthin seiner Wohnung die besprochene General-Empfangsvollmacht erteile. Dieser besteht in der Verwechselung des natürlichen mit dem juristischen Besitzwillen.

Verwerten wir nunmehr die obigen Resultate zur Beurteilung einiger Fälle, in denen eine Sache durch das Handeln eines Tieres oder durch Naturereignisse in jemandes Machtbereich gelangt.

Wenn ein Hund ein für alle Mal von seinem Herrn darauf abgerichtet ist, Schwemmholz auf sein Grundstück selbständig zu apportieren, so ist klar, dass ein Besitzwille des Herrn in bezug auf dieses, wenn auch in seiner Abwesenheit eingebrachte Holz vorhanden ist. Er fehlt dagegen, so oft der Hund etwas anderes vom Holz verschiedenes herbeischafft.

Wie, wenn jemandes Obstbäume ohne sein Wissen Äpfel tragen und die Äpfel in seinen Garten fallen? Ist Besitzwille in bezug auf die Früchte vorhanden?

In den weitaus meisten Fällen ist es dem Herrn der Obstbäume um die Gewinnung der Früchte zu thun. Hat sich aber jemand einen Obstbaum um deswillen gekauft, so liegt darin auch eine Bethätigung

des Willens, die Früchte der Sache zu erwerben. Diese Bethätigung genügt, und es ist ein Besitzwille auch dann als vorhanden anzunehmen, wenn man weiter für die Gewinnung der Früchte keine Sorge getragen oder wenn man gar irrtümlich angenommen hat, der Baum trage dieses Jahr nicht.

Mit dem Gesagten steht nur scheinbar in Widerspruch der Satz des Röm. Rechts, dass der Niessbraucher Eigentum an den Früchten nicht separatione, sondern perceptione erwirbt. Hiernach könnte es nämlich scheinen, als ob das Röm. Recht den Niessbraucher nicht schon im Augenblick der Trennung, sondern stets erst kraft eines besonderen Besitzergreifungsaktes Besitz erwerben lasse. Richtig dürfte indes folgendes sein: Wenn Perzeption verlangt wird, so schliesst das nicht aus, dass sie im Augenblick der erfolgten Separation bereits vorhanden ist. Der Niessbraucher des Landguts schläft z. B., während ein nächtlicher Sturm von den Bäumen nebenan das Obst abschüttelt. Hat dagegen der Niessbraucher nicht Besitz an der Muttersache, oder gerät die Frucht ausserhalb seines Machtbereichs, so tritt der Unterschied von Separation und Perzeption zu Tage: es bedarf noch einer besonderen Besitzergreifung der getrennten Früchte.

Aus jener Bestimmung folgt also nicht, dass Separation und Perzeption auseinanderfallen müssen, sondern nur, dass sie auseinandergehen können.

Wenn es auch die Regel sein mag, dass jemand Obstbäume um ihrer Früchte willen anschafft und unterhält, so ist doch auch denkbar, dass er es lediglich wegen ihrer schönen Formen thut, während ihm die Früchte selbst zuwider sind. Hat er Besitzwillen inbezug auf die abgefallenen Früchte, oder hat er

ihn nicht? Man könnte vielleicht zur Bejahung dieser Frage kommen von dem folgenden Gesichtspunkt aus: der Betreffende weiss, dass die Handlung, durch welche er sich den Besitz des Baumes verschafft hat oder erhält, mit einem gewissen Grad von Notwendigkeit zur Folge hat, dass die Früchte des Baumes in seinen Machtbereich kommen. Der Macht dieser von ihm selbst geschaffenen Thatsache gegenüber dürfte aber vielleicht der Umstand, dass ihm der Erfolg nicht erwünscht ist, ebensowenig in Betracht kommen, wie in dem Fall, dass ein Mensch mit seinem Gewehr auf einen andern schiesst, lediglich um die Durchschlagskraft des Geschosses zu prüfen, und dabei bedauert, dass er um deswillen dem andern ein Leid anthue.

Raupen stellen sich an einem Baume ein. Kniep[1] sagt: „Der Erfolg kann ein erwünschter oder ein unerwünschter sein. Wenn in einem Fall ein Besitzerwerb anzunehmen, wird man ihn auch im andern nicht ausschliessen können".

Es dürften u. E. beide Fälle gleichzustellen sein[2]).

Es besteht eine scheinbare Verwandtschaft zwischen ihnen und den zuletzt behandelten Fällen insofern, als mit einem gewissen Grad von Wahrscheinlichkeit die Tiere sich an dem Baume einstellen werden. Der Herr sieht dies vielleicht ebenso sicher voraus, wie dass der Baum Früchte tragen wird. In Wahrheit sind die Fälle ganz verschieden.

Die Raupen sind kein Erzeugnis der Sache, sondern kommen von aussen, und man trägt dazu noch weniger bei, als dazu, dass sich der Staub auf unsere Kleider setzt oder der Schmutz an unsere Schuhe.

---

1) Seite 81. 2) Inwieweit das Moment des corpus gewahrt ist, ist hier nicht zu untersuchen.

Regelmässig bleibt man selbst passiv dabei und bietet diesen äusseren Einflüssen nichts weiter als eine Angriffsfläche. Ob man sich dessen bewusst ist, oder nicht, ist gleichgültig, es ändert nichts an der Thatsache der Passivität. Demgemäss hat jemand regelmässig keinen Besitzwillen inbezug auf die Raupen an seinen Bäumen, so wenig wie an dem Witterungsniederschlag auf seinen Kleidern.

Es kann freilich auch anders sein. Wer z. B. durch das Schneewetter geht, um die Schneeflocken auf seine Kleider fliegen zu lassen, ist schon in die Aktivität getreten. Hier kann man sagen, dass der Erfolg durch seine Willensbethätigung herbeigeführt ist.

Gilt dies auch, wenn jemand einen Baum pflanzt und ihm die vorausgesehenen Raupen, die sich an dem Baum einfinden werden, erwünscht sind? Der blosse Wunsch dürfte zunächst an dem Zustand der Passivität nichts ändern. Denn er trägt dazu, dass die Raupen sich einfinden, eben so wenig bei, wie der entgegengesetzte Wunsch zum Gegenteil. Es hängt vielmehr von den Raupen ab, ob sie kommen werden.

Die Aktivität beginnt hier erst dann, wenn besondere Mittel angewandt werden, um die Raupen anzulocken. Setzt der Wunsch sich nicht in dieser Weise in Handlung um, so ist er kein Besitzwille im rechtlichen Sinn.

Ähnlich dürfte der Fall zu beurteilen sein, dass die Vögel im Baum ein Nest bauen, oder ein Bienenschwarm sich im Baum niederlässt oder gar dort Honigwaben ansetzt. Der letzte Fall ist in l. 26 pr. D de furtis (47_2) behandelt.

Folgendes sei noch zur Erwägung gestellt: Eine Dachpfanne löst sich von jemandes Haus und fällt in seinen Hof. Ein Baum stürzt, oder ein Zweig wird

vom Wind abgeschüttelt, beide bleiben im Bereich des Herrn.

Ist in diesen Fällen Besitzwille vorhanden? Ja, denn in der Regel umfasst der Wille, eine Sache zu besitzen, auch alle ihre Teile, mag man sich ihrer nun mehr oder weniger deutlich bewusst sein. Löst sich nun ein Teil und wird zu einer selbständigen Sache, so verselbständigt sich auch insoweit der Besitzwille. Es dürfte sich hier weniger um Besitzerwerb als um Fortdauer des Besitzes in veränderter Gestalt handeln.

Von jener Regel giebt es freilich Ausnahmen. Vielfach ist ein Sonderbesitz an Teilen, sogar an wesentlichen Bestandteilen der Sache zulässig. Vergl. z. B. § 865 BGB. und Dernburg, B. R. Bd. 3 § 15.

Sodann betrifft die Regel nur solche Teile, welche der Sache in dem Zeitpunkt ihrer Inbesitznahme bereits angehörten. Nur in diesem Falle dürfte die Richtung des Besitzwillens auf die Teile schlechthin anzunehmen und demgemäss die obige Folgerung richtig sein, — nicht aber dann, wenn Teile von aussen kommend zu der Sache später hinzugetreten, z. B. im Wege der Verbindung ohne Wissen des Eigentümers zu wesentlichen Bestandteilen geworden sind.

B. Besitzerwerb ohne Besitzwillen.

I. Einleitung. Litteraturübersicht.

Das Reich des Besitzwillens ist nun ausgemessen und damit zugleich auch Gewissheit über die Fälle erlangt, in denen die Annahme eines Besitzwillens ausgeschlossen ist. Nunmehr kann also erörtert werden, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen in diesen Fällen ein Besitzerwerb vom Gesetz zugelassen ist.

Die Ansichten hierüber gehn weit auseinander. Bartels sagt: „Weil ich das corpus, die Sache in meinem Gewaltbereich habe, besitze ich, wenn man mir heimlich etwas in die Tasche steckt; den Schatz, der mir unbewusst in dem von mir besessenen Grundstücke oder Möbel steckt. Denn beide habe ich thatsächlich in meiner Gewalt“ [1]).

Auch Matthiass[2]) sagt: „Es kommt ... immer nur darauf an, ob ein äusseres Verhältnis der Sache zur Person besteht, nach welchem die Sache in den Machtkreis dieser Person gehört.“ Er fügt zwar hinzu: „Wo sich aber in dem räumlichen Verhältnisse die thatsächliche Gewalt nicht unzweideutig offenbart, kann sie sich nur aus der Bethätigung eines auf die Herstellung des Gewaltverhältnisses gerichteten Besitzwillens ergeben. Wir besitzen bewegliche Sachen noch nicht, wenn sie auf unser offenes Grundstück gelangen ...“ Aus seinen Ausführungen und Beispielen ergiebt sich aber nicht, dass er Besitzerwerb verneinen würde, wenn z. B. jemand im Hause eines andern eine Sache verliert.

Den genannten Schriftstellern steht, wenigstens grundsätzlich, Dernburg nahe: „Als Nebenform des Besitzes ist aber auch ein Verhältnis anzuerkennen, bei welchem die Sache, ohne dass wir es wissen und wollen, derart bei uns verwahrt ist, dass wir beliebig über sie verfügen können. Immerhin muss die Verfügungsgewalt hergestellt sein; das gilt nicht von einem Schatz, welcher in unserm Grundstück verborgen ist. Ebensowenig bezüglich solcher Sachen, die in unserm Grundstück sind, aber in fremdem Besitz verblieben“ [3]).

---

1) Seite 655. 2) Seite 8, 9. 3) BR. Seite 55.

Als Beispiele für die Nebenform des Besitzes führt er an: Jemand steckt einem andern eine Sache in die Tasche mit dem Willen, sie ihm zu schenken. Ein Dieb steckt auf der Verfolgung die gestohlene Sache einem andern zu, um den Verdacht auf diesen abzulenken. Sachen werden ohne unser Wissen in unserer Abwesenheit in unserer Wohnung niedergelegt.

Den Standpunkt Strohals erkennt man am besten aus seinen Beispielen. Nicht nur erwirbt jemand Besitz an dem Geschenk, das ein anderer unbemerkt in seinen Schreibkasten legt, oder an den unbestellten Waren, die Geschäftsleute, mit denen er nicht in Verbindung steht, für ihn abgeliefert haben, sondern auch in folgendem Fall: „Der Lehrling meines Buchbinders bringt in meiner Abwesenheit einen Stoss gebundener Bücher und stellt diese in mein Regal ein. Nach einiger Zeit ergiebt sich, dass unter diesen Büchern auch solche sich befinden, welche anderwärts abzuliefern waren. Ohne Zweifel habe ich aber auch den Besitz der letzteren Bücher schon dadurch allein erworben, dass sie thatsächlich in meine Bibliothek eingestellt worden sind“ [1]).

Ferner: „Sind in die Brieftasche, die ich bei mir trage, fremde Papiere geraten, so bin ich freilich ohne jede Rücksicht auf mein Wissen und Wollen auch Besitzer der letzteren geworden. Meine Gewalt über die Papiere ist hier von solcher Thatsächlichkeit, dass es eines Aktes meinerseits nur bedürfte, wenn ich diese Gewalt nicht mehr haben wollte“ [2]).

Strohal steht also Dernburg recht nahe. Dies dürfte nicht ohne weiteres von Planck zu behaupten sein. Er sagt [3]):

---

1) Seite 73. 2) Seite 67. 3) Anm. 2 zu § 854, Seite 23.

„In welchen Fällen Besitzerwerb ohne Willen anzunehmen ist, darüber entscheidet ... die Verkehrsauffassung.“ Beispiele fehlen leider.

Neumann [1]) giebt für seinen Satz „als notwendiges Erfordernis des Besitzerwerbes ist der Besitzwille im BGB. ... nicht anerkannt“ das gar zu allgemein gehaltene Beispiel: „Es kann z. B. derjenige, in dessen Wohnung während seiner Abwesenheit eine Sache niedergelegt wird, in das possessorisch geschützte Besitzverhältnis zur Sache treten.“ Wie verschiedenartig ist ein solcher Fall denkbar!

Auch aus Staudingers Ausführungen lässt sich nicht mit Sicherheit entnehmen, ob er, wenn z. B. für jemand eine unbestellte Sache während seiner Abwesenheit in seinem Hause niedergelegt wird, Besitzerwerb für geschehen erachtet. Er sagt: wenn „trotz eines äusserlichen Gewaltverhältnisses ein Besitzwille gänzlich mangelt, also auch nicht nachfolgt, wird man auch nicht mehr von einem Besitze im vollen Sinne sprechen dürfen“. Es ist nicht zu ersehen, was als Gegensatz zu einem „Besitz im vollen Sinne“ gedacht ist [2]).

Mit Strohal stimmt jedenfalls nicht Cosack überein.

Cosack [3]) sagt: „Es giebt eine nicht geringe Zahl von Fällen, in denen der Besitzwille auf Seiten des Gewalthabers als selbstverständlich zu unterstellen ist. Hier ist es nicht erforderlich, dass der Erwerber den Besitzwillen wirklich fasst“. Folgende Beispiele führt er an: Ein gestohlener Hund kehrt zurück. Je-

1) Note 2b zu § 854.
2) Note I 2d zu § 854.
3) Bd. II, Seite 69.

mand steckt heimlich ein Geldstück in die Sparbüchse des Pathenkindes.

Ähnlich wie Cosack formuliert Lehmann[1]): „durch Erlangung einer thatsächlichen Gewalt über eine Sache wird, ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Sachlage, Besitz dann erworben, wenn angenommen werden kann, dass bei Kenntnis der Sachlage ein vernünftiger Mann den Besitzwillen haben würde".

Beispiel: „der Hut, der durch das offene Fenster in mein Zimmer fliegt, gelangt dadurch noch nicht in meinen Besitz, auch dann nicht, wenn ich diesen Vorgang wahrnehme". Das Beispiel: „an fremdem Vieh ... , das sich auf mein Grundstück verläuft, erlange ich den Besitz erst durch Einfangen" ist nicht glücklich gewählt; denn als Grund giebt Lehmann selbst an: ... „bis dahin fehlt mir die thatsächliche Gewalt über selbiges". Auch ist da, wo er Besitzerwerb annimmt, überall ein Besitzwille konstruierbar, ausgenommen in dem Fall, dass Sachen „in meiner Wohnung abgegeben werden", wofern sie nicht bestellt sind. Lehmann selbst freilich scheint sogar hier ein Besitzwille vorhanden zu sein.

Kniep „möchte glauben, dass man leichter geneigt sein wird, einen Besitzerwerb ohne Willen anzunehmen, wenn sich das körperliche Verhältnis innerhalb der Rechtslinie bewegt" [2]).

Von diesem Standpunkt aus opponiert er gegen zwei Entscheidungen Strohals, welche wir oben mitteilten: den Fall der verwechselten Bücher und der fremden Papiere. Aber auch wenn irgend ein beliebiger Cigarrenfabrikant mit der Post eine Kiste Cigarren schickt, nimmt er keinen Besitzerwerb an [3]).

1) Seite 16. 2) Seite 97. 3) Kniep Seite 99.

Dagegen erlangt jemand an den für ihn bestimmten Briefen Besitz, ebenso an dem Geldstück, welches ihm der Vater bei der Abreise ohne sein Wissen in die Tasche steckt [1]). Wenn freilich ein Kindermädchen einen Ring stiehlt, um ihn dem Kind anzustecken, so erwirbt dieses keinen Besitz [2]).

Wir geben Bartels Recht, wenn er sagt: „Von grundstürzender Bedeutung können solche praktisch unerhebliche Dinge nicht sein“ [3]).

Das beweist — schon hier sei es gesagt — nur zu sehr die Art der Beispiele, mit denen man hier fortwährend zu operieren hat. Dagegen scheint es unbegründet, wenn er mit Rücksicht darauf, „dass der Besitz ein rechtlich notwendiges Erfordernis zum Besitzerwerb nicht bilde“, behauptet: „Die Besitzlehre ist dadurch ausserordentlich vereinfacht“. Das Gegenteil wird durch die gegebene Litteraturübersicht bewiesen, und der bunte Wirrwarr der Entscheidungen lässt das dringende Bedürfnis nach einem festen Prinzip zur Entscheidung der Frage erkennen, wann jemand an einer Sache, die ohne sein Wissen und Wollen in seinen Machtbereich gelangt ist, Besitz erwirbt.

II. Das erste Thatbestandsmoment: Das corpus.

Aus § 854 Abs. 1 in Verbindung mit § 856 BGB. ergiebt sich, dass Besitz vorhanden ist, wenn thatsächliche Gewalt da ist, dass also der Besitz die thatsächliche Gewalt ist.

Wann die thatsächliche Gewalt vorhanden ist, hat das Gesetz nicht gesagt. Sie beruht jedenfalls

1) a. a. O. Seite 97. 2) a. a. O. Seite 95.
3) Bartels Seite 655.

auf gewissen thatsächlichen, nicht rechtlichen Beziehungen des Menschen zu einer Sache.

Diese Beziehungen können geistige und körperliche zusammen sein. Für diesen Fall trifft es zu, was Gierke sagt, „dass der animus als selbständiges Begriffsmerkmal entfernt und nur die äussere Erscheinung der thatsächlichen Sachherrschaft betont ist“ [1]). Die geistigen Beziehungen können von einer so sehr überwiegenden Bedeutung sein, dass die körperliche Beziehung nichts ist als „das in der Lage sein, die thatsächliche Gewalt auszuüben“. Dies gilt in den Fällen des § 854 Abs. 2.

Dass die geistigen Beziehungen, bestehend in der Willensrichtung desjenigen, der Besitz erwerben soll, nach neuem Recht gänzlich fehlen können, steht für uns fest, wie gleich eingangs betont wurde. Es bleibt dann die rein körperliche Beziehung des Erwerbers zu der Sache. Damit soll nicht gesagt sein, dass diese allein genüge. Es bedarf u. E. jedenfalls eines Ersatzes für den mangelnden Besitzwillen des Erwerbers.

In allen Fällen ist ein gewisses körperliches Verhältnis des Menschen zu der Sache, an der er Besitz erwerben soll, nötig [2]). Dieses Element, welches also dem Begriff der thatsächlichen Gewalt notwendig innewohnt, heisst corpus [3]).

---

1) Gierke Seite 4.

2) Von § 857 BGB. kann hier abgesehen werden.

3) Es braucht nicht gesagt zu werden, dass corpus hier nicht in dem spiritualistischen Sinn Iherings, sondern als „dasjenige körperliche Verhältnis zur Sache, welches die faktische Gewalt über sie bedingt“, aufgefasst wird. Vergl. oben Seite 26. M. a. W. corpus ist hier nicht ein aktuelles, sondern ein potentielles Verhältnis. Corpus pflegte man in der gemeinrechtlichen Litteratur mit „thatsächlicher Gewalt“ wiederzu-

Auch über das corpus hat sich das BGB. bei der Zurückhaltung, welche es nun einmal in der Besitzlehre übt, nicht ausgelassen. Es ist unsere Überzeugung, sowohl dass der Begriff des corpus nach altem und neuem Recht derselbe geblieben ist, als auch, dass es im Fall des vorhandenen wie des mangelnden Besitzwillens der gleichen Beurteilung unterliegt. Es gehört daher, wie ausdrücklich betont werden mag, nicht in den Rahmen dieser Arbeit, den schwierigen Begriff des corpus tiefer zu entwickeln.

Hingewiesen sei nur auf eines, was man ausser Acht zu lassen geneigt ist:

Das corpus ist nicht schon darum vorhanden, weil eine Sache auf unser Grundstück geraten ist. Man denke an einen Schmuck, der auf unser, jedermann zugängliches, Feld gelangte. Daraus ergiebt sich, dass man den Fall, dass eine Sache in unserm „Bereich" ist, von dem andern unterscheiden muss, dass sie in unserm „Machtbereich" ist. Nur in letzterem Fall ist das corpus vorhanden. Bereich und Machtbereich können sich decken, z. B. wenn ein Ring sich an unserm Finger befindet. Es kann aber eine Sache in unserm Bereich sein, und doch nicht in unserm Macht-

---

geben. Die thatsächliche Gewalt im Sinn des BGB. kann aber mit dem corpus als aktuellem Verhältnis grundsätzlich nicht verglichen werden, weil dieses stets das Moment des Willens in sich schliesst. Dem corpus im andern Sinne könnte sie nur dann gleichgestellt werden, wenn dieses nach dem BGB. zur Erlangung der thatsächlichen Gewalt, d. h. des Besitzes, genügen sollte, was u. E. nicht der Fall ist. Darum ist das corpus in diesem Sinne oben nur als ein Element der thatsächlichen Gewalt bezeichnet. Das corpus als potentielles Verhältnis endlich ist nur ein Element des Besitzes nach Röm. Recht, es ist nicht der Besitz. Die thatsächliche Gewalt des BGB. ist „der Besitz".

bereich. Namentlich ist ein offenes Grundstück nur an wenigen Sachen ein objektives Gewaltverhältnis zu begründen geeignet. Aber auch, was im unmittelbaren Bereich des Körpers eines Menschen ist, braucht nicht in seinem Machtbereich zu sein. Dies gilt z. B., wenn ein Bewusstloser etwas mit der Hand erfasst, oder ihm etwas in die Hand gedrückt wird; denn gleich darauf lässt er es vielleicht fallen. Man ersieht hieraus, dass der Wille von Bedeutung selbst für das Dasein der Gewalt im objektiven Sinne sein kann.

Dagegen ist eine Sache, die in unserm Machtbereich sich befindet, stets auch in unserm Bereich. Dies gilt auch z. B., wenn jemand einen Schatz auf dem offenen Feld eines andern vergräbt. Der Bereich endigt eben nicht mit den Grenzen des Körpers und der Sachen, die man inne hat, sondern kann sich auch in fremdes Gebiet hineinstrecken.

Vom Standpunkt des Gesagten aus können wir Dernburg nicht beistimmen, wenn er sagt: „Der blos auf dem Raumverhältnis beruhende Besitz hat seine Schwäche darin, dass er erlischt, wenn dieses aufhört. Ein herrenloser Hund, der sich in unser Gehöft verirrt und da verweilt, von dem wir aber nichts wissen, mag in unserm Gewahrsam sein. Läuft er wieder ins Freie, so hört der Gewahrsam auf. Ist dagegen der Hund in unserm vollkommenen Besitz, so erhält sich der Besitz auch, wenn der Hund zeitweise unser Heim verlässt und draussen umherläuft“ [1]).

Es scheint als ob Dernburg wirklich hier Besitzerwerb an dem verirrten Hund annimmt — dagegen spricht freilich der Ausdruck Gewahrsam, dafür das

1) Dernburg, BR. III Seite 55.

gesperrt Gedruckte und der Umstand, dass er vom „unvollkommenen" im Gegensatz zu dem „vollkommenen Besitz" spricht. Von Besitzerwerb kann u. E. hier schon deshalb keine Rede sein, weil das corpus gänzlich fehlt. Der Hund ist in unserm Bereich, aber nicht in unserm Machtbereich. Denn wenn der Betreffende den Hund absichtlich auf sein Gehöft getrieben hätte, um ihn zu fangen, dürfte er nicht einmal Besitz erworben haben, es sei denn, dass er ihm die Möglichkeit entzogen habe, ohne besondere Mühe „wieder ins Freie zu laufen".

Ein gleiches Versehen scheint uns bei Kniep[1] unterzulaufen, wenn er dem Besitzer eines Gartens auch Besitz an den Raupen auf den Bäumen, den Blattläusen auf den Rosen zuspricht. Diese sind wiederum nur in seinem Bereich, aber regelmässig nicht in seinem Machtbereich, so wenig wie die Spatzen auf den Bäumen.

Andererseits scheint es uns ganz verfehlt, in den Fällen des mangelnden Besitzwillens an das corpus besonders strenge Anforderungen zu stellen.

Es dürfte dies ein Ausfluss der Neigung sein, für das fehlende Element des Besitzwillens gewissermassen ein Ersatzmittel zu beschaffen. Auch wir halten ein solches Ersatzmittel für notwendig, aber dieses ist gewiss nicht das rechte. Es sei erinnert an das wörtlich angeführte Beispiel Strohals, dass fremde Papiere in jemandes Brieftasche geraten[2], und namentlich an die Begründung. Strohal fährt dann wörtlich fort: „Wesentlich anders liegen dagegen die Verhältnisse, wenn bewegliche Sachen auf ein offenes Grundstück gelangt sind. Aus dieser Thatsache allein kann man den Schluss, dass der Besitzer des Grundstücks auch

1) Kniep Seite 59. 2) oben Seite 37.

Besitzer der beweglichen Sachen sei, unmöglich ziehen. Beispiel: Wird Schwemmholz infolge einer Stauung des Flusses auf ein Ufergrundstück getragen, so erwirbt hierdurch der Besitzer des letzteren gewiss nicht Besitz am Schwemmholz“ [1]).

Hier zeigt sich klar, dass Strohal den Besitzerwerb in dem einen Fall annimmt, weil die Sache in die Brieftasche geraten ist, und in dem andern nicht, weil die Sache blos auf das „offene Grundstück“ geraten ist. Und doch muss man zugeben, dass beide Dinge — äusserlich betrachtet — an ihrem Platze sind; und man wird nicht bezweifeln, dass, wenn ein Lieferant das bestellte Bauholz auf dem jedermann zugänglichen, vielleicht weit vor der Stadt gelegenen Bauplatz abladet, das corpus vollständig gewahrt, also Besitz erworben wird. Soll das im Fall des mangelnden Besitzwillens plötzlich nicht mehr gelten? Wohin soll man denn verlangen, dass das Holz gelange, damit an ihm auch ohne Willen Besitz erworben werden könne? Etwa in den Garten oder in das Haus? Man befindet sich da u. E. auf einem falschen Weg.

Über die mehr oder minder grosse Intensivität des corpus entscheidet lediglich, ob die Voraussetzungen des § 854 Abs. 2 vorliegen oder nicht. Letzterenfalls ist eine Unterscheidung, je nachdem Besitzwille vorhanden ist oder nicht, unhaltbar.

---

1) Strohal Seite 67.

III. Das zweite Thatbestandsmerkmal.

1. Giebt das Gesetz einen Anhaltspunkt dafür?

Erwirbt jemand nun stets Besitz, wenn eine Sache in seinen Machtbereich gelangt ist? Gleichgültig, ob er dem dahin zielenden Willen eines andern das corpus verdankt oder ob dieser die Sache dort verloren hat oder sie durch einen sonstigen Zufall dorthin gelangte? Darüber sind sich viele Schriftsteller einig, dass das blosse corpus zum Besitzerwerb nicht unter allen Umständen ausreiche. Nur Dernburg scheint, wie wir sahen, die Verfügungsgewalt schlechthin für genügend zu halten, und Strohal steht ihm nahe.

Ein Prinzip aus dem Gesetz herzuleiten, hat bisher niemand versucht, und in der That scheint dies nicht möglich zu sein.

Auch die in diesem Zusammenhang viel herangezogenen §§ 867 und 911 BGB. ergeben u. E. nichts.

§ 911 Satz 1 lautet: „Früchte, die von einem Baume oder einem Strauche auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, gelten als Früchte dieses Grundstücks“. Nun erwirbt jemand an den Früchten seines eigenen Grundstücks zweifellos Besitz, vorausgesetzt, dass sie bei der Trennung in seinem Machtbereich bleiben, und zwar kraft seines Besitzwillens, wie oben nachzuweisen versucht wurde.

Man hat hieraus gefolgert, dass er auch an den übergefallenen Früchten Besitz erwerbe, weil sie als Früchte seines Grundstücks gelten sollen. Dem Ergebnis ist beizupflichten, die Begründung scheint uns etwas vage, denn § 911 gehört zum Abschnitt „Eigentum“. Jedenfalls lassen sich aus der Gesetzesstelle keine weittragenden Prinzipien herleiten.

§ 867 ist uns schon bekannt. Seine Unterstellung, dass jemand an der Sache eines andern, die auf sein Grundstück gelangt ist, nicht Besitz erwerbe, hat man zu so sehr verschiedenen Folgerungen benutzt, dass man die Stelle eine lex damnata nennen könnte.

Frank[1]) sagt: „Der § 867 lässt sich u. E. nur verstehen, wenn man annimmt, der Wille gehöre zu den Voraussetzungen des Besitzes".

Wenn wir Dernburg[2]) recht verstehen, scheint ihm § 867 den Fall im Auge zu haben, dass eine Sache zwar auf unser Grundstück gelangt, aber in fremdem Besitz verbleibt.

Umgekehrt legt Biermann[3]) Gewicht auf die Wendung, dass eine Sache „aus der Gewalt des Besitzers" gelangt sei, indem er z. B. annimmt, dass, wenn jemandes Hut auf ein offenes Feld nebenan fliegt, § 867 nicht anwendbar sei, da der Hut in der Gewalt des Herrn verbleibe.

Demgegenüber führt Planck[4]) aus, dass sachlich mit dieser Fassung nichts anderes ausgedrückt sein solle als mit den im Entwurf I § 867 gebrauchten Worten, dass sich eine bewegliche Sache auf dem Gebiet eines fremden Grundstücks befindet. Planck beruft sich hierfür auch noch auf § 1005 BGB.

Endemann[5]) scheint der § 867 den Fall zu behandeln, dass eine bewegliche Sache durch Zufall auf ein fremdes Grundstück gelangt sei, wenn auch dieser Zufall in „unvorsichtigem" Verfahren be-

---

1) Frank Seite 15.
2) Dernburg BR. III, Seite 55 Anm. 6.
3) Biermann § 867.
4) Planck Anm. 2c zu § 867.
5) Endemann II § 38 Note 8.

stehe. Im übrigen betont er gleich den meisten, dass aus dieser Stelle hervorgehe, „dass für den Besitzerwerb keineswegs lediglich das räumliche Verhältnis zur Sache entscheidet; die Sache steht nicht schon deshalb im Besitze des Grundstückbesitzers, weil sie sich in seinem Territorium befindet“ [1]).

Es ist bezeichnend für die Revolution der Anschauungen über den Besitz seit dem BGB., dass auf diese Feststellung von allen Seiten Gewicht gelegt wird.

Der § 867 verdankt das allgemeine Interesse seiner Schweigsamkeit. Er sagt nicht, warum jemand an der Sache, die auf sein Grundstück gelangt ist, keinen Besitz erwirbt. Auf welche Fälle bezieht sich diese Unterstellung? Auf alle gewiss nicht, denn das stände in Widerspruch mit der Tendenz des Gesetzes, dass zum Besitzerwerb nicht stets ein Besitzwille nötig sei. Wenn eine Sache auf unser Grundstück gelangt, dann gelangt sie entweder nur in unsern Bereich oder auch in unsern Machtbereich. Ersteres trifft z. B. zu, wenn jemand über unser Feld geht und dort seinen Ring verliert. Von Besitzerwerb kann hier schon deshalb nicht die Rede sein, weil es an dem corpus fehlt. Zweifellos bezieht sich die Unterstellung des § 867, dass kein Besitz erlangt sei, auf diese Art von Fällen. Aber ebenso sicher ist, dass hier diese Unterstellung für die Frage, wann Besitzerwerb anzunehmen ist, keinerlei Bedeutung beanspruchen kann. Deswegen fällt namentlich die Deduktion Franks in sich zusammen.

Sie liesse sich überhaupt nur halten, wenn nachgewiesen würde, dass die Unterstellung auch dann

---

1) a. a. O. II. § 38 Note 8.

gilt, wenn die Sache nicht nur in unsern Bereich, sondern auch in unsern Machtbereich gelangt ist, wenn m. a. W. die Voraussetzung des corpus gegeben ist. Dann hätte man eine sichere Basis, indem man fragen könnte: Warum nimmt das Gesetz hier keinen Besitzerwerb an, trotzdem das corpus gegeben?

Diesen Nachweis wird man aber u. E. aus § 867 heraus nicht erbringen können. Und selbst wenn man ihn erbrächte, brauchte die Antwort auf jene Frage nicht notwendig im Sinne Franks zu lauten. Jedenfalls ist es nicht § 867, der ergiebig ist für die Prinzipien der Besitzlehre, sondern umgekehrt — man wird diese anderweitig zu ermittelnden Prinzipien verwerten müssen zur Beurteilung des § 867, insbesondere der Frage, wann jemand an einer Sache, wiewohl sie in seinen Machtbereich gelangt ist, dennoch keinen Besitz erwirbt.

Noch auf etwas anderes muss hingewiesen werden. Bei Behandlung des § 867 haben die Beispiele in der Litteratur durchweg ein „offenes Grundstück" zum Gegenstand[1]) — ein Umstand, der uns von einer grundsätzlich irrtümlichen Auffassung der Gesetzesstelle herzurühren scheint. Sie führt dazu, § 867 stets als gegeben anzunehmen, wenn eine Sache im Fall mangelnden Besitzwillens auf ein offenes Feld gelangt, andererseits seine Anwendbarkeit stets zu verneinen, wenn eine Sache in das befriedete Besitztum eines andern gelangt; und ihr Erfolg ist eine unrichtige Entscheidung oder eine unrichtige Begründung einer an sich richtigen Entscheidung. Wir denken hierbei vor-

1) Vergl. Strohal Seite 67 und oben Seite 44; Endemann II Seite 197 und 199.

nehmlich an die so merkwürdig entgegengesetzten Entscheidungen Strohals [1]).

U. E. ist auf das Wort Grundstück im § 867 keinerlei Gewicht zu legen.

Daselbst wird eine eigenartige Interessenkollision geregelt. Eine Sache ist auf ein fremdes Grundstück gelangt, ohne dass der Besitzer des letzteren Besitz an der Sache erwirbt. Wie soll der bisherige Inhaber wieder zu seiner Sache kommen? Alle sonst üblichen Klagen sind nicht anstellbar, denn sie setzen voraus, dass der Beklagte Besitzer ist. Darum bedurfte es der Schaffung eines besonderen Abholungsanspruchs, der freilich überflüssig wird und daher erlischt, sobald der Besitzer des Grundstücks die Sache in Besitz nimmt.

Der Thatbestand des § 867 ist aber dann zweifellos gegeben, wenn die Sache zwar in den Bereich, aber nicht in den Machtbereich des andern gelangt ist, und es lag ferner für den Gesetzgeber nahe, zunächst an den Fall zu denken, dass eine Sache auf das „Grundstück“ eines andern im Sinn von „unbefriedetes Besitztum“ gerät, weil hier Bereich und Machtbereich am ehesten auseinandergehen. Dennoch kann dies sehr wohl auch bei befriedetem Gut vorkommen. Ein Papagei entflieht z. B. in eine fremde Wohnung. Da das Tier so gut, wie es hineinflog, an sich auch wieder hinausfliegen kann, ist es nicht in dem Machtbereich, sondern nur in dem Bereich des Inhabers der Wohnung. Der Fall liegt also nicht anders, als wenn der Vogel sich auf einem Baum im fremden Hof niedergelassen hätte. Es ist in beiden Fällen die gleiche Interessenkollision vorhanden, und man wird

1) oben Seite 44.

nicht zögern, sie auf die nämliche Weise auszugleichen, und zwar beide Male nicht nur im Sinn, sondern unmittelbar auf Grund des § 867. Denn ob der Vogel nun auf den Baum oder in die Wohnung des andern fliegt — immer wird man sagen können, dass er „auf das Grundstück des andern gelangte".

Wenn freilich das Tier sich in einen Jahrmarktwagen zurückzöge, würde § 867 nicht unmittelbar anwendbar sein, aber doch im Wege der Analogie.

In Wahrheit ist daher die Fassung der Stelle etwas zu enge. Ihr Sinn aber hat ganz allgemein die Fälle vor Augen, in denen eine Sache in fremden Bereich gelangt, mag dies nun ein offenes Grundstück oder irgend etwas anderes sein.

Auf das Wort Grundstück des § 867 in dem Sinn, wie es bisher anscheinend beliebt wurde, Gewicht zu legen, ist also nicht angängig, und alle darauf gegründeten Unterscheidungen sind unberechtigt.

2. Entwickelung unserer Ansicht im Prinzip: Das zweite Thatbestandsmerkmal ist die iusta causa des corpus. Diese kann in der Besitzzuwendungsabsicht einer andern Person oder des Gesetzes unmittelbar bestehen.

Das Gesetz hat uns, wie wir sahen, kein Prinzip gegeben, wonach zu entscheiden wäre, wann Besitzerwerb ohne Besitzwillen anzunehmen ist und wann nicht. Dagegen ist es aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes zu entnehmen.

Die Kommissionsprotokolle[1]) sagen: In zahlreichen Fällen sei die Aufstellung des Erfordernisses des Besitzwillens entbehrlich, in denen nach Lage der Sache die Herstellung der thatsächlichen Gewalt ohne einen

1) Seite 3335 ff.

darauf gerichteten Willen nicht möglich sei, bedenklich dagegen für andere, wenn z. B. die für jemand bestimmte Sache in dessen Abwesenheit in seiner Wohnung niedergelegt werde. Den Besitzschutz in diesen Fällen zu verweigern, sei mit dem Grundgedanken des Besitzschutzes nicht vereinbar. — Weiter wird gesagt, dass im Interesse der Kinder und Geisteskranken von dem Erfordernis des Besitzwillens abzusehen sei.

Diese Gedanken kehren in der verschiedensten Form in den Materialien wieder und lassen sich dahin zusammenfassen: Besitz nicht schon dann, wenn das corpus vorhanden ist, sondern wenn die Umstände, denen das corpus entsprang, den Besitzschutz erheischen. Es kommt nicht allein auf das corpus an, sondern ebenso sehr auf die Umstände, unter denen es entstand. Es muss eine iusta causa für den Besitzerwerb ohne Besitzwillen da sein.

Diese iusta causa scheint uns aber darin zu bestehen, dass das corpus von der Zuwendungsabsicht eines andern oder des Gesetzes getragen wird. Diese Zuwendungsabsicht bildet gewissermassen das Surrogat des dem Erwerber selbst fehlenden Willens.

Wenn eine Sache in den Machtbereich eines andern gelangt, so geschieht dies entweder mit dem Willen des bisherigen Besitzers oder ohne einen solchen. Letzteres ist stets der Fall bei res non possessae, worunter man solche Sachen verstehen möge, die bisher besitzlos waren, sei es dass sie niemals im Besitz eines andern standen, sei es dass dieser den Besitz wieder verloren hatte. Auch die res possessae geraten natürlich sehr oft ohne oder gegen den Willen ihres Besitzers in fremdes Gebiet. Gelangt eine Sache mit dem Willen ihres Besitzers in den Machtbereich eines andern, so sind drei

Fälle zu unterscheiden: entweder will der Besitzer dem andern den Besitz zuwenden — animus tradendae possessionis — oder er will schlechthin den Besitz aufgeben — animus derelinquendae poss. — oder er will den Besitz im fremden Bereich fortsetzen — animus retinendae poss.

Besitz erwirbt der andere nach unserer Auffassung nur in dem Fall des animus tradendae poss. In den andern Fällen — wenn also die Sache überhaupt nicht mit dem Willen ihres Besitzers in fremden Machtbereich tritt, was stets bei res non possessae, häufig auch bei res possessae zutrifft, oder ihr Besitzer sie zwar willentlich, aber nur mit dem animus derelinquendae oder retinendae poss. hineingelangen lässt — erwirbt der andere keinen Besitz ausser wenn ihm das Gesetz eine iusta causa verschafft.

Der Besitzerwerb ohne Besitzwillen bildet danach die Ausnahme. Die Regel ist auch im neuen Recht der Erwerb kraft Besitzwillens. Damit erledigt sich die Frage, welche Bedeutung dem Besitzwillen im Fall seines Vorhandenseins infolge der Reform verblieben ist. Der Dieb hat den Besitz an der gestohlenen Sache, welche er in seine Tasche hat verschwinden lassen, nicht lediglich, weil sie in seiner Tasche ist, sondern weil ausserdem dieser Zustand der Erfolg seines Willens ist. Es giebt freilich Fälle, in denen sich nach neuem Recht sowohl vom Standpunkt der Regel als auch der Ausnahme Besitzerwerb konstruieren lässt. Beispiel: Jemand hat eine Sache bestellt und diese wird, während er abwesend ist, in seinem Hause für ihn niedergelegt.

Weil nach der dargelegten Ansicht der Besitzerwerb ohne Besitzwillen eine Ausnahmeerscheinung ist, dürfte es nicht unangemessen sein, ihn einen pri-

vilegierten Besitzerwerb zu nennen — ein Ausdruck, von dem im folgenden schon der Kürze halber Gebrauch gemacht sei, und der sich auch deshalb rechtfertigt, weil die Fälle, in denen man von ihm reden kann, nicht nur vom juristischen, sondern auch vom Standpunkt des täglichen Lebens gegenüber den Fällen, in denen die thatsächliche Gewalt das Erzeugnis eines Besitzwillens ist, eine Seltenheit bilden werden.

Dass die entwickelte Ansicht und ihre Ergebnisse dem Willen der Gesetzgeber allein entsprechen, scheint uns aus dem Umstand hervorzugehen, dass einerseits nach unserm Wissen sich in den Gesetzesmaterialien kein Beispiel findet, auf welches sich Strohal, Dernburg u. s. w. berufen könnten, andererseits die Fälle, welche der Gesetzgeber nach den Materialien vor Augen hatte, unsere Auffassung bestätigen.

Es ist nur die Frage, ob auch der Gedanke, welcher nach unserer Meinung dem Gesetzgeber vorschwebte, im Gesetz, speziell im § 854, seinen Ausdruck gefunden hat. Wenn nicht, dann könnte man sich allerdings auf diesen Gedanken nicht weiter berufen.

Man wird zugeben, dass er der Fassung des Gesetzes zum wenigsten nicht widerspricht. Aus dieser geht lediglich hervor und sollte lediglich hervorgehen, dass der Besitzwille keine conditio sine qua non des Besitzes mehr bildet. In welchem Umfang dies zu gelten habe, ist nicht gesagt, vielleicht deshalb, weil man hier der lex scripta nicht das letzte Wort lassen wollte.

Andererseits wird nicht bestritten, dass ein zwingender Beweis für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht nicht erbracht worden ist und wohl auch

nicht erbracht werden kann. Aber ebenso sicher ist, dass es den Gegnern nicht anders geht. Auch ihre Theorie entbehrt des festen Fundaments, welches die lex scripta bildet; es ergiebt sich dies schon daraus, dass unter ihnen nicht geringe, zum Teil unvereinbare Gegensätze bestehen.

Kann aber keine Ansicht sich auf den klaren Gesetzesausspruch berufen, so wird niemand Bedenken tragen, sich derjenigen Ansicht anzuschliessen, welche die zweckmässigste ist. Vielleicht trifft dies für die hier verteidigte Meinung zu. Die Gegner verstehen sich, wie sich gezeigt hat und noch zeigen wird, mehrfach zu erheblichen Inkonsequenzen, offenbar in dem Bestreben, den letzten nicht gerade angenehmen Folgen ihrer Grundansicht zu entgehen. —

Was die Fälle des animus tradendae poss. angeht, so liegen sie z. B. vor, wenn jemand eine Sache in den Machtbereich des andern befördert in der Absicht, sie ihm zu schenken oder zu verkaufen, oder auch nur, um sie ihm zu leihen oder zur Verwahrung zu geben.

Dass hier Besitz von uns angenommen wird, braucht u. E. für den, der überhaupt Besitzerwerb ohne Besitzwillen für möglich hält, nicht bewiesen zu werden. Denn wenn nicht einmal hier Besitzerwerb eintreten soll, wo dann? Fälle dieser Art hat ja der Gesetzgeber gerade im Auge gehabt. Unsere Ansicht stimmt denn auch mit der herrschenden überein.

Im einzelnen sei auf den Thatbestand des animus trad. poss., wie auf die iusta causa des privilegierten Besitzerwerbs überhaupt, später eingegangen.

Um so grösser ist die Uneinigkeit, wenn eine Sache, res possessa oder non possessa, nicht mit

dem Willen des bisherigen Besitzers in fremden Machtbereich gelangt.

Es kann dies, wie schon gesagt, durch eine Naturkraft geschehen — z. B. der Wind weht einen herrenlosen Kinderballon oder des Nachbars Wäsche auf ein Grundstück — oder auch durch ein Tier — z. B. des Nachbars Huhn legt ein Ei im Garten; der Storch baut ein Nest auf dem Hause: ein Reh verendet in meinem Bereich.

Verdankt das corpus einer menschlichen Handlung sein Entstehen, so sind drei Möglichkeiten vorhanden. Die Handlung kann von einem Dritten ausgehen: jemand wirft z. B. von einem ihm fremden Haus Dachpfannen in den benachbarten Garten: oder von dem bisherigen Besitzer: er ist z. B. geschäftsunfähig oder willensunfähig: er macht in seinem Machtbereich einem andern Platz und vergisst etwas, z. B. der Mieter beim Auszug: — oder endlich von demjenigen selbst, in dessen Gewaltbereich die Sache gelangt ist: er ist z. B. geisteskrank oder ein Kind oder bewusstlos.

In Fällen dieser Art wird nach dem aufgestellten Grundsatz nur ausnahmsweise Besitz erworben, wenn nämlich aus dem Gesetz sich ein besonderer Rechtfertigungsgrund ergiebt.

Von diesen Ausnahmen abgesehen, ist in der That nicht zu erkennen, was in den vorliegenden Fällen für einen Besitzerwerb spräche. Ein fremder Hund verirrt sich auf unser Gehöft. Dernburg nimmt, ganz abgesehen davon, dass u. E. das corpus fehlt, Besitz an, sagt aber, dass der Besitz erlösche, sobald sich der Hund wieder entferne. Im Erfolg versagt also auch er die Klagen aus dem Besitz — wenigstens bei dieser Lage des Falles.

Wie aber, wenn der Herr des Hundes oder ein dritter sich des Tieres bemächtigt? Konsequenterweise müsste doch Dernburg hier die Besitzentziehungsklage gewähren. Was liesse sich zu deren Gunsten sagen?

Fremde Papiere geraten in meine Brieftasche. Strohal nimmt bekanntlich Besitzerwerb an. Und doch sagt er an anderer Stelle: „Vor der Aufstellung und Beobachtung mechanischer Regeln ist auch hier zu warnen. Ganz verfehlt wäre es insbesondere, wenn man die Frage des Besitzes von beweglichen Sachen lediglich danach entscheiden wollte, ob die Sachen in ein bestimmtes, von Jemandem beherrschtes Gebiet hinein-, bezw. aus demselben wieder herausgekommen sind“ [1]). Was kann aber Strohal zu der Annahme des Besitzes an den Papieren anders bewogen haben als der Umstand, dass sie in die Brieftasche geraten sind?

Ihering[2]) sagt: „Böte der Besitz kein Interesse dar, so würde es (das Recht) ihn nie geschützt haben, denn das Interesse, in dem von mir an einer andern Stelle entwickelten weitesten Sinn, in dem es alles, was dem Menschen am Herzen liegt: das Gemeinste wie das Höchste umfasst, ist wie die bewegende Kraft alles menschlichen Thuns, so auch der Leitstern alles Rechts — dasselbe schützt kein Verhältnis, das nicht in seinen Augen ein Interesse hat“.

Diese Worte müssen für jedes Recht gelten. Es ist nun zwar richtig, dass das neue Recht, im Gegensatz zu dem alten, dieses Interesse nicht nur dann für gegeben erachtet und also nur dann Besitz entstehen

1) Strohal Seite 74.

2) Ihering, Besitzwille Seite 25.

lässt, wenn dieses Interesse „die Sollizitierung des Begehrungsvermögens durch die Sache“ [1]) ist, m. a. W. wenn dieses Interesse sich durch die Bethätigung des Besitzwechsels kundgiebt, — und es bleibt zu beweisen, inwieweit das BGB. bei dieser Neuerung jenem über Zeit und Ort erhabenen Grundsatz treu geblieben ist. Daran aber dürfte doch ein ernstlicher Zweifel bestehen, ob nicht das Gesetz, wenn es die erwähnten Entscheidungen Dernburgs und Strohals billigt, jenen Grundsatz verleugnen würde. Denn welches Interesse kann das Recht daran haben, in diesen Fällen demjenigen, in dessen Machtbereich die Sache gelangt, Besitzschutz zu gewähren? Wenn hier Schutz nötig ist, so hat ihn fürwahr ein anderer nötig, nämlich der bisherige Besitzer.

Endemann, auch ein Vertreter der gegnerischen Ansicht, macht sich folgenden Satz Bährs zu eigen: „die Frage ist dahin zu stellen: wann stehe ich zu einer Sache in einem solchen Verhältnis, dass ich jeden sie Angreifenden mit der Faust zurückzuweisen berechtigt bin. Für die Wohnung lautet die Antwort, dass Niemand sich das Wegholen von Sachen gefallen zu lassen braucht: erst gieb die Sache zurück, dann beweise dein Eigentum, ist dem sich auf sein Recht berufenden entgegenzuhalten“ [2]).

Dieser Satz, dessen Geltung für das BGB. noch zu beweisen wäre, vermischt u. E. Dinge, die man bisher stets getrennt hat. Er identifiziert den Besitzschutz an der Sache, welche sich in jemandes Machtbereich befindet, mit dem Besitzschutz an diesem Machtbereich selbst. Es ist richtig, dass sich niemand

1) Ihering, Besitzwille Seite 25.
2) Endemann, II Seite 157, Anm. 2.

das eigenmächtige Wegholen der in sein Gebiet gelangten Sachen gefallen zu lassen braucht. Hier bewährt sich „der absolute Schutz des befriedeten Besitztums“, von dem Endemann so gern spricht, wobei er aber unter Besitztum auch das in das Besitztum Eingebrachte versteht, und insofern hat es stets rechtliche Bedeutung, ob eine Sache sich in jemandes Bereich befindet. Damit aber zugleich der Besitz an der Sache selbst verletzt werde, ist mehr erforderlich, als dass sie sich in dem befriedeten Besitztum befand.

Fälle des animus derelinquendae poss. liegen z. B. vor, wenn jemand eine Sache aus Überdruss wegwirft und sie dabei in den Machtbereich des andern gelangt; aber auch je nach den Umständen, wenn eine Bombe in verbrecherischer Absicht jemandem ins Haus gelegt wird.

Hier wird kein Besitzerwerb angenommen.

Eine iusta causa liesse sich auch wohl nicht finden. Angenommen, jemand hätte an dem derelinquierten und in seinen Garten geworfenen Ball Besitz erworben, so stände das nicht dem § 959 im Wege, wonach der Ball eine herrenlose Sache ist. Eigentümer würde auch der Herr des Gartens erst dadurch, dass er den Ball „in Eigenbesitz“ nähme (§ 958), was jedenfalls ein Wissen und Wollen und Bethätigung dieses Willens voraussetzt. Wie nun, wenn ihm ein dritter zuvorkommt und den Ball in Eigenbesitz nimmt? Erwirbt er dadurch Eigentum? Oder steht dieser Wirkung entgegen, dass er dem andern den Besitz entzog, so dass er, wegen Besitzentziehung verklagt, diesem die Sache herausgeben und zur Aneignung gewissermassen präsentieren müsste? Im Erfolg gäbe man demjenigen, in dessen Bereich die derelinquierte Sache

geriet, ein privilegiertes Aneignungsrecht. Schwerlich aber dürfte das Gesetz dies gewollt haben.

In einem solchen Fall unterliegt u. E. die Sache dem allgemeinen Okkupationsrecht. Dies kollidiert freilich mit dem Grundeigentum, aber nur in derselben Weise, wie nach Röm. Recht das Aneignungsrecht an jagdbaren Tieren[1]).

In folgenden Beispielen liegt der animus retinendae possessionis vor: Jemand vergräbt einen Schatz in fremdem Grundstück: er schafft von seiner zu schwer beladenen Karre einen Teil der Last auf das Grundstück nebenan, in der Absicht, ihn nachher abzuholen: er steckt seinem Freund ein Buch heimlich unter den Arm, damit dieser es für ihn trage. Der Besucher legt seine Sachen im Flur ab.

Hier wird nach dem dargelegten Grundsatz kein Besitz erworben.

Vielfach ist dies schon deshalb ausgeschlossen, weil der Tradent selbst den Besitz noch nicht verloren hat. Sein Machtbereich hat sich gewissermassen in den fremden Bereich eingeschoben, so dass ihm das corpus an der Sache erhalten bleibt. Zweifellos gilt dies z. B., wenn der Gast im Wirtshaus seine Sachen am nächsten Mantelstock ablegt. Die Entscheidung des Röm. Rechts, dass jemand den Besitz an dem Schatz behalte, den er in fremdem Feld vergraben hat, dürfte auch für das BGB. gelten. So Dernburg, anders, wie wir sahen, Bartels.

Hat der Besucher, der im Privathaus ablegt, noch das corpus an den abgelegten Sachen? Die Verkehrsauffassung wird dies bejahen, wenn er darauf rechnen

1) Dernburg, Pand. I § 203 Note 10 ff.

kann, dass es ihm jederzeit gestattet wird, das Haus zu betreten und die Sachen wieder an sich zu nehmen.

Wenn aber ein Dieb, der verfolgt wird, den gestohlenen Schmuck in einem Hause, dessen Bewohner ihm gänzlich fremd sind, versteckt in der Hoffnung, ihn bei günstiger Gelegenheit von dort wegzuholen, so dürfte er den Besitz verloren haben. Er hat vielleicht die Sache so gut verborgen, dass kein anderer sie finden wird; das bedeutet aber nur, dass er fremde Aneignung verhindert und seine Wiederinbesitznahme gesichert hat. Damit er über den Schmuck verfügen könne, bedarf es des eigenmächtigen Eindringens in die befriedeten Räume eines andern, und das ist zu sehr mit Schwierigkeiten verbunden, als dass man sagen könnte, die Sache sei noch in seinem Machtbereich.

Soll nun der Herr des Raumes, in dem die Sache versteckt ist, Besitz an ihr erwerben bloss, weil der Einbringer im Gegensatz zu den früheren Fällen den Besitz verloren hat? Dafür spricht nichts.

Wenn ein Besucher seinen Stock in fremdem Hause an einer ungewöhnlichen Stelle, wo er gänzlich unbemerkt bleibt, niederstellt, so ergiebt sich also folgendes: So lange der Besucher im Hause weilt, hat er nach wie vor Besitz; auch dann noch, nachdem er das Haus verlassen und die Sache vergessen hat. Wird dem Besucher infolge eines Zerwürfnisses das Haus verboten, so verliert er zwar den Besitz, aber nicht zu gunsten des andern; der Stock wird vielmehr zu einer res non possessa, und der Besucher hat den Abholungsanspruch aus § 867. Sagt er sich von dem Stock los und zerreisst somit auch das geistige Band, so bleibt dieser eine res non possessa, jedoch fällt die Klage aus § 867 fort. —

Aus äussern Gründen sind bisher geflissentlich solche Beispiele, welche den Besitzerwerb der Geschäftsunfähigen oder Willensunfähigen berühren, vermieden worden. Über diesen Punkt ist noch kurz zu sprechen, schon deshalb, weil nach den Materialien gerade ihnen der privilegierte Besitzerwerb zu gute kommen soll.

Wer geschäftsunfähig ist, sagt § 104, wer willensunfähig, § 105 Abs. 2 BGB.

Man ist sich heute darüber klar, dass, wenn jemand z. B. einen Stein von der Strasse aufnimmt, diese Handlung zwar eine rechtliche Wirkung hat, bestehend im Erwerbe des Besitzes, vielleicht auch des Eigentums, dass aber diese faktische Handlung um ihrer Wirkung willen nicht ein Rechtsgeschäft ist. Sie ist vielmehr nur eine „Rechtshandlung". Es finden daher auf den Besitzerwerb nicht die Vorschriften über Rechtsgeschäfte Anwendung, namentlich auch nicht diejenigen über die Fähigkeit zum Abschluss solcher. Es kann vielmehr auch jemand, der weder voll noch beschränkt geschäftsfähig ist, durch eigenes Handeln nach dem Masse seines „natürlichen Willens" in diesem Sinne[1]) Besitz erwerben: z. B. einem sechsjährigen Schulkind wird ein Griffel geschenkt; ein Entmündigter, der an der Wahnvorstellung leidet, er müsse Hungers sterben, sammelt Speisereste.

Doch gehören diese Fälle, da in ihnen der Besitzerwerb animo et corpore geschieht, nicht hierher; uns interessieren nur die Fälle, in denen auch ein natürlicher Wille nicht zur Geltung gekommen ist.

Innerhalb dieser ist zu unterscheiden, ob das corpus durch eine Handlung der nicht einmal des na-

1) Frank Seite 42.

türlichen Besitzwillens fähigen Person hergestellt worden ist oder auf sonstige Weise. Letzterenfalls liegt nämlich im Verhältnis zu den früher behandelten Thatbeständen keine Besonderheit vor. Wenn jemand einem andern ohne dessen Wissen ein Geschenk in die Tasche steckt, so ist es für die Beurteilung gleichgültig, ob der andere deshalb nichts merkt, weil er unaufmerksam ist oder ein unverständiges Kind, oder weil er schläft.

Doch auch die neue Erscheinung, dass ein des natürlichen Besitzwillens unfähiger durch eigene Handlung eine Sache in seinen Machtbereich bringt, lässt sich nach den entwickelten Leitsätzen ausreichend beurteilen. Es erwirbt z. B. jemand, der im Zustand der Hypnose einen fremden Hundertmarkschein in seine Brieftasche steckt, keinen Besitz an der Sache. Die iusta causa fehlt. Als solche kommt in Fällen dieser Art nur die vom Gesetz gewährte in Betracht, und das wird selten geschehen.

3. Die iusta causa im einzelnen.

a) Die Zuwendungsabsicht einer andern Person.

α) Ihr Begriff und Wesen.

Es ist nunmehr näher auf die iusta causa des privilegierten Besitzerwerbs einzugehen, und zwar zunächst auf den Fall, dass sie in dem Willen einer andern Person liegt.

Ihren Inhalt bildet hier, ganz allgemein gesagt, der Wille, einem andern eine Sache zuzuwenden. Dieser Wille bethätigt sich in der Herstellung des corpus und wird meist in Hinsicht auf ein obligatori-

sches Rechtsgeschäft, das sogen. Kausalgeschäft, gebildet.

Das Kausalgeschäft kann, wie wir sahen, Kauf, Schenkung, Verwahrung, Leihe u. s. w. sein. Es finden darauf die allgemeinen Regeln Anwendung. Es zerfällt, sofern es, wie meist, ein Vertrag ist, in Antrag und Annahme.

Der Antrag kann der Bethätigung der Zuwendungsabsicht vorausgehen. Man teilt z. B. einem andern mit, dass man ihm nächstens eine Ware zur Ansicht schicken werde. Hat der andere auch schon vorher angenommen, so kann man unter Umständen sagen, dass bei der Entstehung des corpus ein Besitzwille thätig gewesen ist. Dieser Fall würde dann nicht hierher gehören. Möglich ist aber auch, dass die Offerte noch gar nicht zur Kenntnis des Empfängers gelangt ist.

Der Antrag kann ferner jenem Akt nachfolgen. Man schreibt z. B. einem andern, dass man für ihn während seiner Abwesenheit eine Sache an einer gewissen Stelle seines Hauses zu dem und dem Zweck niedergelegt habe.

Der Antrag kann aber auch mit dem Realakt sich verbinden. Man legt z. B. der ins Haus geschafften Ware ein Schreiben bei. Genügend würde der Antrag auch erklärt, wenn man einem Geburtstagskinde eine Tasse mit der Aufschrift „Zum Geburtstag“ ins Haus setzen würde.

Da die Offerte empfangsbedürftig ist, hat sie Wirkung gemäss § 130 BGB. nur, wenn sie dem andern „zugeht“. Dies ist der Fall, wenn sie an die verkehrsübliche Stelle gelangt, sollte sie auch dem Empfänger nicht zum Bewusstsein gelangen.

Wird sie dagegen nicht an die verkehrsübliche

Stelle befördert, so wird sie als zugegangen im Sinne des Gesetzes nur dann zu betrachten sein, wenn sie dem andern wirklich zur Kenntnis kommt. Bis dahin kann sie der Antragende widerrufen. Wirkung hat zwar auch diese an die unrechte Stelle gelangte Offerte, insofern sie, wenn sie der andere erfährt und annimmt, zum Vertragsabschluss führt; und es bedarf immerhin eines Widerrufs, um einer solchen Offerte diese Kraft zu nehmen. Aber sie hat nicht die gleiche Kraft, wie die an die rechte Stelle gelangte, denn sie bindet erst, wenn sie der andere erfahren hat.

Dies wird zu beachten sein in den Fällen, in denen jemand eine Sache mit Zuwendungsabsicht einem andern in den Garten oder an einen ungewöhnlichen Ort im Hause u. s. w. schafft.

Von dem Kausalgeschäft und seinen einzelnen Bestandteilen ist das Realgeschäft zu unterscheiden. Besonders klar erkennt man die selbständige Natur des letzteren, wenn die obligatorische Offerte bereits vorausgegangen ist.

Das Realgeschäft kann einen verschieden grossen Inhalt haben. Wenn jemand z. B. donandi causa eine Sache in den Machtbereich eines andern bringt, so will er ihm erstens Besitz, zweitens Eigentum verschaffen. Will er ihm die Sache zur Verwahrung geben, so will er nur jenes allein.

Für die Eigentumsofferte gilt dasselbe, wie für die obligatorische Offerte, insofern sie beide empfangsbedürftige Willenserklärungen sind. Auch sie hat volle Wirkung, nämlich bindende Kraft, erst dann, wenn sie dem andern zugegangen, d. h. an die verkehrsübliche Stelle, wenn auch nicht zur Kenntnis des andern gelangt ist; andernfalls kann sie so lange widerrufen werden, als der andere nicht angenommen hat.

Statt des eigentlichen Widerrufs, d. h. einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung, genügt es, dass man die Offerte aus dem Bereich des andern bringt und ihm die Möglichkeit entzieht, sie zu vernehmen und zu akzeptieren.

Wie steht es nun mit dem Willen, der darauf gerichtet ist, dem andern Besitz an der Sache zu verschaffen? Dieser Wille hat eine grosse Bedeutung im Fall des § 854 Abs. 2 BGB., er erhebt sich dort u. E. zu einer „Besitzofferte", die entsprechend zu behandeln ist wie die Eigentumsofferte. Liegt auch in unserm Fall eine solche Besitzofferte, also ein rechtsgeschäftlicher Akt, vor? Wohl kaum. Wenn jemand einem andern eine Sache unmittelbar tradiert, so ist dieser Akt nicht als rechtsgeschäftlicher, sondern als faktischer aufzufassen, und der Besitzerwerb des andern ist keine Succession, sondern originär. Zwar verwirklicht sich dieser durch die Tradition weit leichter als bei der Okkupation, „doch ist dies nicht die Folge einer rechtlichen Succession, sondern der thatsächlichen Situation" [1]).

Was nun in dem Fall der Tradition von Person zu Person gilt, muss hier sicher gelten.

Aber wenn demnach auch eine regelrechte Besitzofferte nicht anzunehmen ist, so lässt sich doch das Vorhandensein des Besitzzuwendungswillens nicht leugnen. Er greift eben zu faktischen und nicht zu rechtlichen Mitteln.

Worin soll nun die iusta causa des privilegierten Besitzerwerbs gefunden werden? Unrichtig ist sicher die Meinung, dass der Besitzerwerb nur dann eintrete, wenn die Offerte von dem andern wirklich ange-

1) Dernburg, Pand. I S. 416 Note 3.

nommen, m. a. W. das Kausalgeschäft wirklich zu stande gekommen ist. In Wahrheit würde dann der Besitzerwerb von dem Willen des Empfängers abhängen und ein Unterschied gegenüber dem Römischen Recht nur darin liegen, dass der Besitz im Fall, dass er gewollt werde, schon seit der Herstellung des corpus, dem Zuwendungsakt datiere.

Die massgebenden Momente für den Besitzerwerb sind vielmehr in der Person des Zuwendenden zu suchen. Ob und inwieweit neben dem Willen des letzteren noch der Wille des Empfängers zu beachten sei, soll später erwogen werden.

Und worin soll man nun die iusta causa erblicken? Keinerlei Berücksichtigung verdient jedenfalls der realgeschäftliche Wille, soweit er sich auf die Übertragung des Rechtes an der Sache bezieht. Vielmehr kommt zweierlei in Betracht: der primäre Wille, der auf das Kausalgeschäft gerichtet ist, oder der sekundäre, auf die Besitzübertragung gerichtete Wille, der sich in dem Realgeschäft bekundet.

Bei der Übertragung des Eigentums wird bekanntlich das Kausalgeschäft der Art von dem dinglichen Vertrag abstrahiert, dass der letztere in Verbindung mit der Übergabe das Eigentum selbst dann übergehen lässt, wenn dem Kausalgeschäft ein Mangel anhaftet.

Darüber, ob man es hier in entsprechender Weise halten soll oder nicht — darüber kann nicht die Logik entscheiden, sondern die Zweckmässigkeit. Nur sie war es, die in der Lehre vom Eigentumserwerb den Ausschlag zu gunsten der Abstraktion gab, sie verlangt hier vielleicht die entgegengesetzte Regelung.

Ein Gast im Restaurant geht zu seinem Überzieher, entnimmt dem darin befindlichen Etui eine

Cigarre und steckt nun das Etui versehentlich in den Überzieher eines andern. Der erste Gast hat selbstverständlich keinerlei Vertragswillen gehabt noch solchen bekundet. Es liegt daher keine, nicht einmal eine anfechtbare Offerte vor. Aber auch von einer Besitzzuwendungsabsicht kann nicht die Rede sein. Dem corpus fehlt also von dem einen wie dem andern Standpunkt aus die iusta causa, es wird kein Besitz erworben.

Jemand will dem A. ein gewisses Buch schenken, nimmt aber versehentlich ein anderes und legt es ihm, mit einer Widmung, die dieser auf sich beziehen kann, versehen, während seiner Abwesenheit aufs Zimmer. — Hier geschieht die Herstellung des corpus in Hinsicht auf ein Rechtsgeschäft. Der Besitzzuwendungswille ist wirklich vorhanden, aber das Rechtsgeschäft selbst ist fehlerhaft gemäss § 119 BGB.; immerhin bedarf es der Anfechtung, also einer empfangsbedürftigen Willenserklärung, um die Nichtigkeit herbeizuführen.

Lässt man die Thatsache, dass das corpus dem Besitzzuwendungswillen entsprang, genügen, so wird Besitz erworben.

Sieht man auf das Kausalgeschäft, so wird, da es in diesem Fall nach erfolgter Anfechtung mangelt, jener abstrakte Wille nichts ausrichten. Schliesst man sich der letzteren Ansicht an, so wird man vor die heikle Frage gestellt, ob und inwieweit den Grundsätzen über die Anfechtung auf diesem Gebiet des Thatsächlichen Raum zu verstatten ist. U. E. ist dies nicht nur möglich, sondern sogar empfehlenswert. A. wird demgemass sofort Besitz erwerben und ihn behalten bis zur Anfechtung; denn solange sie nicht geschieht, ist der materielle Rechtfertigungsgrund vor-

handen. Unterbleibt sie etwa, weil der Tradent sich geniert, so hat A. z. B. die Besitzentziehungsklage gegen dritte, welche ihm die Sache in der Zwischenzeit wegnahmen. Erfolgt die Anfechtung, so verliert A. den Besitz mit rückwirkender Kraft[1]).

Nimmt der Tradent die Sache kurz, nachdem er sie hingelegt hat, wieder weg, so kann er sich gegen die Besitzentziehungsklage des A. nachträglich noch des Anfechtungsrechts bedienen und der Klage den Boden entziehen.

In gleicher Weise ist der Fall zu behandeln, dass jemand ein Buch, welches er dem A. schenken will, dem B. aufs Zimmer bringt, weil er dieses für das des A. hält.

Was den viel behandelten Fall angeht, dass der Buchhändler dem A. einen Haufen Bücher ins Haus einbringt, in den auch solche geraten sind, die er für B. bestimmt hat, so hat u. E. der Buchhändler jedenfalls auch bezüglich der letzteren Bücher den Willen, ihren Besitz dem A. zuzuwenden, denn der Wille ist schlechthin auf den ganzen Haufen gerichtet, von dem sie einen Teil bilden. Zweifellos ist, dass er über die versehentlich hingelegten Bücher kein Rechtsgeschäft schliessen und dadurch dem Besitz des A. eine causa schaffen wollte. Ausgeschlossen ist aber nicht, dass nach aussen hin, also namentlich dem B. gegenüber, der Schein einer gültigen Willenserkläruug bezüglich der für B. bestimmten Bücher erweckt wird. Wenn dem so ist, läge zwar immer noch eine fehlerhafte Willenserklä-

1) Selbstverständlich trifft dies nicht den Fall, dass er inzwischen die Sache an sich genommen und somit sich einen neuen, von dem Tradenten unabhängigen Besitzerwerbsgrund schaffen hat.

rung vor, zu ihrer Vernichtung bedürfte es aber noch der Anfechtung.

Der Buchhändler legt z. B. dem Packet ein Schreiben bei: Offeriere Ihnen die vier übersandten Bücher, deren Titel nun folgen, zum Ankauf. Hier merkt der Empfänger sofort den Sachverhalt bezüglich der nicht genannten Bücher. Anders, wenn das Schreiben ganz allgemein lautet: Offeriere Ihnen die übersandten Bücher.

Von dem formellen Standpunkt aus, dem das blosse Dasein des Besitzzuwendungswillens genügt, wird Besitz erworben. Verlangt man eine materielle causa, so wird, wenn auch nicht der Schein einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung vorliegt, von vornherein kein Besitz erworben; in dem andern Fall tritt zwar Besitzerwerb ein, er wird aber im Fall der Anfechtung wieder rückgängig gemacht.

Wir haben die beiden möglichen Ansichten über das, worin die iusta causa des privilegierten Besitzerwerbs zu sehen sei, in ihren Ergebnissen veranschaulicht und entscheiden uns nunmehr für die Ansicht, dass nicht der abstrakte Besitzzuwendungswille, sondern eine materielle gültige, wenn auch noch nicht endgültig gesetzte causa entscheidend ist. Einer Rechtfertigung bedarf es hierbei nicht. Sie liegt in dem Satz: An ihren Früchten sollt ihr sie erkennen. —

Viel behandelt und verschieden beurteilt ist auch der Fall, dass ein Dieb im Drange der Verfolgung seinem Nachbar die gestohlene Sache in die Tasche steckt, um den Verdacht auf diesen abzulenken. Die Entscheidung hängt u. E. davon ab, ob man annehmen kann, dass das zunächst rein faktische Handeln des Diebes von einer rechtsgeschäftlichen Absicht begleitet

war, und zwar käme allein der Schenkungswille in Betracht.

Es ist nicht zu leugnen, dass der Dieb einzig aus dem Motiv handelte, nicht entdeckt zu werden. Man könnte sagen, dass dieser Umstand nur das Motiv zur Handlung treffe, nicht diese selbst, namentlich nicht den animus donandi. Denn dieser, der allerdings ein Thatbestandsmerkmal der Schenkung bildet, bedeutet nicht, dass man aus wohlwollender Absicht handle, sondern bringt nur die Unentgeltlichkeit zum Ausdruck. Vergl. § 516 BGB.

Allein es dürfte doch der rechtsgeschäftliche Wille dem Dieb fehlen. Der Beweis ergiebt sich u. E. klar aus dem Umstand, dass der Dieb dem andern auch dann die Sache zustecken wird, wenn er genau weiss, dass dieser, wie hier sehr wahrscheinlich, die Sache nicht haben will. Wenn er aber voraussieht, dass seinem Handeln notwendig der rechtliche Erfolg fehlen werde, und dennoch handelt, dann kann ihm um einen solchen in Wahrheit nicht zu thun sein[1]).

Sein Handeln ist ein rechtlich bedeutsames nur insofern, als er möglicherweise mit dem animus derelinquendae poss. handelt. Unter diese Kategorie gehört der Fall. Der andere erwirbt also keinen Besitz.

Diese Entscheidung dürfte zweckmässiger sein als die entgegengesetzte Dernburgs, Strohals u. s. w.

β) **Inwieweit kommt daneben noch der Wille des Erwerbers in Betracht?**

Inwieweit hat neben dem Willen des Zuwendenden noch der Wille des Empfängers Anspruch auf Be-

1) BGB. § 815 cft.

achtung bei der Frage nach dem privilegierten Besitzerwerb?

Das Röm. Recht sieht bekanntlich nur und ausschliesslich auf den Willen des Erwerbers. Seinen Grundsatz animo et corpore adipiscimur possessionem hat Ihering verteidigt, und zwar nicht sowohl vom Standpunkt des Röm. Rechts, sondern er hat ihn als für jedes Recht unentbehrlich hingestellt.

„Das blosse Verhältnis der räumlichen Nähe der Person zur Sache ist ohne alle rechtliche Bedeutung; eine rechtliche Bedeutung gewinnt dasselbe erst, wenn die Person eine äusserlich erkennbare Beziehung zur Sache herstellt und damit das blosse Raumverhältnis zu einem Besitzverhältnis erhebt“ [1]). Das Motiv hierzu — fährt Ihering fort — ist das Interesse; dieses lenkt unsern Willen auf die Sache, und den Willen verwirklichen wir durch die That.

Von dieser Wahrheit giebt es nach Ihering keine Ausnahme: kein Besitz ohne Besitzwillen!

Diesen Ausführungen widerspricht das BGB., und man hat sich damit abzufinden. Es wird nach neuem Recht oft genug Besitzerwerb da anzunehmen sein, wo er im schroffen Gegensatz zu dem Interesse des Erwerbers steht. Unmöglich ist es jedenfalls vom Standpunkt des BGB., im einzelnen Fall den Besitzerwerb an der Sache, die in jemandes Machtbereich ohne sein Wissen gelangte, auch davon abhängig zu machen, dass ein konkretes Interesse vorhanden ist. Das Gesetz wird um des Guten willen auch das Böse auf sich nehmen müssen, und der einzelne muss sich über die Nachteile des ihm aufgedrängten Besitzes mit

1) Ihering, Besitzwille Seite 25.

dem Gedanken trösten, dass er ein ander Mal nur die Vorteile empfinden wird.

Demgemäss erwirbt jemand an dem Sprengstoff, den ihm ein anderer zum Zweck der Verwahrung ins Haus schafft, eben so gewiss Besitz, wie an minder gefährlichen Sachen.

Dagegen bedarf die Frage der Erörterung, ob jemand selbst dann an der in seinem Gewaltbereich gelangten Sache Besitz erwirbt, wenn er vorher in concreto erklärt hat, er wolle sie nicht haben.

Jemand sieht z. B., wie ihm ein Zeitungsbote eine Probenummer einer ihm verhassten Zeitung in den Flur legen will. Er untersagt ihm dies in barscher Weise. Gleich darauf führt der Bote aus Chikane sein Vorhaben doch aus.

Hier dürfte sich zu Gunsten eines Besitzerwerbs nur das sagen lassen, dass die Ablehnung der Zeitung gegenüber der zweiten Offerte vielleicht keinerlei Bedeutung hat, ihm vielmehr die erneute Möglichkeit einer Annahme gegeben ist. Andererseits ist klar, dass der Ablehnende erklären wollte und erklärt hat, er wolle die Zeitung ein für alle Mal nicht in seinem Hause haben. Und das wird ausschlaggebend sein. Das Gesetz hatte doch, indem es jemand die Macht verlieh, einem andern ohne dessen Wissen Besitz zu verschaffen, nur das Interesse dieses andern im Auge; es würde die Wohlthat zur Plage werden, wenn man jemand sogar gegen seinen Willen den Besitz aufdrängen könnte.

Dieser Wille muss aber in concreto zum Ausdruck gekommen sein. Darum ist es u. E. unrichtig, wenn man, wie häufig zu hören ist, sagt: Jemand erwerbe an den Sachen, die Gäste bei ihm abgelegt haben, deshalb keinen Besitz, weil er sie nicht haben

wolle. Hier liegt eine Abstraktion vor, die mit dem konkreten Fall im grellen Widerspruch stehen kann.

Das Gesagte muss auch dann gelten, wenn es sich um Aushändigung von Briefen handelt. Kniep[1]) behauptet freilich hierfür das Erfordernis einer besondern Betrachtung. Der Empfangensollende erwirbt nach ihm an den Briefen Besitz, die er garnicht haben wollte. Denn „in Bezug auf Briefe besteht eine allgemeine Verpflichtung, sie anzunehmen und zu lesen. Wer dies unterlässt, handelt auf eigene Gefahr. Der Satz ist zwar nicht ausdrücklich in dem BGB. ausgesprochen, er liegt aber zu Grunde der Bestimmung in § 130 Abs. 1 S. 1: „eine Willenserklärung, die einem andern gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht".

Hier liegt u. E. eine völlig unbegründete Verquickung verschiedener Dinge vor. Richtig ist, dass ein Schuldner auch dann als wirksam gemahnt anzusehen ist, wenn er die Annahme des Mahnschreibens energisch verweigert und der Überbringer nun den Brief gegen seinen Protest ins Haus legt. Aber warum soll dem Schuldner nun auch noch der Besitz zugesprochen werden? Das Gesetz erreicht ja auch ohne dies seinen Zweck: die Willenserklärung ist dem Schuldner zugegangen. Wenn der letztere sich gegen den Besitz des Schreibens wehrt, dessen Inhalt für ihn von Wichtigkeit ist, so mag er dies zu seinem Schaden thun; das Gesetz hat keinen Anlass, um eigensinniger Schuldner willen in seine Besitzlehre Dinge aufzunehmen, die ihr fremd sind.

Nimmt Kniep hier ohne Grund Besitzerwerb an,

1) Seite 98.

so verneint er im folgenden Fall [1]) zu Unrecht: „Ein Buchhändler schickt dem A Bücher zur Ansicht ins Haus, und zwar ohne Auftrag des A, und ohne dass er mit ihm in Geschäftsverbindung steht; A ist nicht zu Hause, der Diener des Buchhändlers legt die Bücher in dem Korridor des A nieder".

Kniep sagt: „Wenn A. nach Hause kommt, mag er Besitz von diesen Büchern ergreifen, er hat es aber nicht nötig. Zunächst liegt nichts weiter vor als eine zufällige Innehabung. Wenn A. sofort zum Buchhändler schickt und ihm sagen lässt: er möge sich sofort seine Bücher wiederholen und ihn in Zukunft mit derartigen Sendungen verschonen — ich wüsste nicht, was sich hier zu Gunsten eines Besitzerwerbs sagen liesse."

Ein positiver Grund gegen den Besitzerwerb ist ihm der, „dass in Bezug auf Packete keine allgemeine Verkehrspflicht besteht, sie anzunehmen und zu öffnen". Aber besteht denn eine allgemeine Verkehrspflicht zur Annahme, „wenn ein gütiger Onkel in die Brieftasche seines Neffen einige Hundertmarkscheine gelangen liess", oder „wenn mir mein Vater bei der Abreise ein Geldstück ohne mein Wissen in die Tasche steckt"? Und doch nimmt Kniep in diesen beiden Fällen Besitzerwerb an [2]). Thut er es aber hier, so ist es nicht folgerecht, im ersten Fall anders zu entscheiden. Diese Inkonsequenz scheint uns ein Ausfluss der unrichtigen Vorstellung zu sein, dass der Empfänger zwar das Geld und die schönen Hundertmarkscheine gerne haben will, dagegen zu Ausgaben für die Bücher vielleicht keine Neigung hat. Es braucht nicht gesagt zu werden, dass auch das Umgekehrte der Fall sein kann.

1) Kniep Seite 99.
2) Kniep Seite 97.

Und damit kehren wir zu unserm Ausgangspunkt zurück: Es geht nicht an, den mutmasslichen Willen des einzelnen als Massstab für die Frage nach dem Besitzerwerb zu nehmen. Wenn einmal das Gesetz Besitzerwerb ohne Besitzwillen zulässt, so muss es auch auf die Gefahr hin geschehen, dass er dem Interesse des einzelnen dann und wann widerspricht.

Wer sich dazu nicht versteht, muss überhaupt den Besitzerwerb ohne Willen verwerfen — und das hat Affolter thatsächlich gethan. Er nimmt nun aber nicht gleich andern, z. B. Gierke, an, dass jemand Besitzschutz unter allen Umständen erst von dem Augenblick an geniesst, in dem animus und corpus zusammentreffen, sondern er stimmt hinsichtlich seiner Resultate im wesentlichen mit dem BGB. überein, versucht aber eine Erklärung, welche sich an das überlieferte Recht anschliesst. Und darin liegt das Bedeutende seiner Konstruktion. Sie gipfelt in dem Satz: Besitz wird nur erworben, wenn und weil er gewollt ist. Aber in gewissen Fällen geniesst jemand, nachdem er einmal den Besitzwillen gefasst hat, das ius possessionis schon seit dem Zeitpunkt, in welchem das corpus hergestellt wurde. Affolter drückt sich so aus: „die Apprehension und der Wille, welche zusammen den Besitzerwerb gründen, brauchen nicht im nämlichen Momente zu erfolgen, es kann der Wille auch erst nachher eintreten, und es wird dann gleichwohl der Besitz schon als beginnend vom Momente der Apprehension angenommen“ [1]).

Kniep [2]) wird Affolter nicht gerecht, wenn er in bezug auf ihn sagt: „Ein Wille mit rückwirken-

---

1) Affolter Seite 3.
2) Kniep Seite 101.

der Kraft ist ein Unding. Der Wille geht naturgemäss auf die Zukunft, hier ist er auf ein Habenwollen gerichtet. Ein Wille mit rückwirkender Kraft wäre ein fingierter Wille, also ein Nichtwille.“ Selbstverständlich kann der von einem Gesetz verlangte Besitzwille nicht sich selber rückwirkende Kraft beilegen, wohl aber kann ihn der Rechtssatz mit dieser Wirkung ausstatten.

Ob dies bereits nach Röm. Recht zuweilen geschehen sei, kann gleichgültig sein. Affolter hat es aus verschiedenen Quellenstellen nachweisen zu können geglaubt. Indes sind alle die Entscheidungen von massgebender Seite anders ausgelegt worden. Es giebt aber eine Stelle, in der die rückwirkende Kraft des Besitzwillens, wenn auch nicht von allen, so doch den meisten Schriftstellern angenommen wird.

Es ist dies l. 42 § 1 D 41 2 (de acquir. vel amitt. poss.): Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem; quodsi sua sponte emerit, non, nisi ratam habuerit dominus emtionem.

Hier ist gesagt, dass, wenn der Vertreter im Auftrag des Geschäftsherrn eine Sache gekauft hat, er für jenen sofort Besitz erwirbt; wenn er dagegen aus eigenem Antrieb gekauft hat, diese Wirkung nur dann eintritt, wenn der Geschäftsherr genehmigt.

Danach hat also die Genehmigung der Besitzergreifung rückwirkende Kraft, und nachdem einmal der Besitzwille gefasst ist, wird Besitz angenommeu auch für die Zeit, in der die Voraussetzungen des Besitzerwerbs nicht vollständig vorhanden waren [1].

Aber mag man auch die Stelle anders auffassen

---

1) Windscheid, Pand. I § 155 Note 10a cft.

— dass der Gedanke Affolters gesetzgeberisch möglich ist, bedarf u. E. keines Beweises durch das C. I. Auch braucht nicht gesagt zu werden, dass dieser Gedanke etwas Bestechendes an sich hat: Er giebt dem Gesetzgeber das Mittel, jemandem auch für die Zeit Besitzschutz zu gewähren, in der sein Besitzwille fehlte, und doch diesen Besitzschutz nur dann eintreten zu lassen, wenn ein konkretes Interesse vorhanden ist. Auf diese Weise könnte der Gesetzgeber den Wünschen der neuen Zeit gerecht werden, ohne sich von der erprobten Weisheit vergangener Jahrhunderte völlig loszusagen. Es wäre daher zu wünschen, dass das BGB. diesen Weg eingeschlagen hätte.

Ob dies der Fall ist, hat Affolter nicht weiter untersucht. Wir müssen dies, wie bekannt, verneinen. Wenn einmal von den Gesetzesmaterialien ganz abgesehen wird, in denen sich auch nicht die Spur von einem solchen Gedanken findet — so steht zwar nicht entgegen, dass das Gesetz direkt gesagt hat, zum Besitzerwerb sei kein Besitzwille erforderlich, denn das hat das Gesetz nicht direkt gesagt. Aber die Konstruktion fusst auf dem Machtwort des Gesetzes von der rückwirkenden Kraft des Besitzwillens, und davon steht im Gesetz nichts zu lesen. Auch ist der Gedanke nicht einfach genug, um anzunehmen, dass das Gesetz keinen Anlass gehabt hätte, ihn nicht auszusprechen. Das Gesetz scheint uns aber ausserdem noch Bestimmungen zu treffen, die sich mit dem Affolterschen Gedanken nicht vereinigen lassen.

Setzen wir den Fall, dass jemand eine Sache donandi causa in das Haus eines andern einbringt und ein dritter die Sache fortnimmt, bevor der Empfänger von dem Vorgang Kenntnis erlangt hat. Nach Affolter hat der Empfänger nicht sofort Besitz er-

worben, sondern erst, wenn er den Besitzwillen fasst, dann freilich mit rückwirkender Kraft. Jedenfalls bedarf es einer Inbesitznahme. Es ist aber schon früher gezeigt worden, dass diese regelmässig in einer Bethätigung des Besitzwillens, nämlich der Herstellung des Gewaltverhältnisses, besteht. Davon kann in diesem Fall nicht die Rede sein. Aber auch auf die Ausnahme des § 854 Abs. 2, wonach die blosse Erklärung des Besitzwillens genügt, kann man sich nicht berufen. Denn § 854 Abs. 2 verlangt, dass der Erwerber zur Zeit der Einigung, also der Annahme, in der Lage ist, die thatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Wenn in der Zeit zwischen Antrag und Annahme die Umstände sich dergestalt geändert haben, dass der Erwerber nicht mehr in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, so fällt auch die Begünstigung des § 854 Abs. 2 fort. Und so ist es in unserm Fall.

Hätte also das BGB. den Gedanken Affolters aufgenommen, so müsste es den Besitzschutz da verweigern, wo es ihn gerade im Gegensatz zum Röm. Recht gewähren will. Die Konstruktion Affolters ist daher abzulehnen.

b) Die iusta causa, welche unmittelbar auf dem Gesetz beruht.

Die iusta causa des privilegierten Besitzerwerbs kann auch unmittelbar auf dem Gesetz beruhen.

Wieweit man hier gehen soll, ist schwierig zu entscheiden.

Wenn eine Sache in jemandes Machtbereich gelangt, so hat er entweder schon vorher zu ihr in auf irgend eine Weise gesetzlich geregelten Beziehungen

gestanden, oder diese Beziehungen bilden sich jetzt erst. Im ersten Fall können die Beziehungen wieder sehr mannigfaltig sein: Eigentum, Niessbrauch oder ein sonstiges Recht an der Sache, aber auch obligatorische Rechte, Eigenbesitz u. s. w.

Man könnte geneigt sein, in allen diesen Fällen die obwaltenden, gesetzlich geschützten Beziehungen als iusta causa des privilegierten Besitzerwerbs anzunehmen.

Indes ist es die Frage, ob dies praktikabel ist. Die Sache kann zu verschiedenen Personen in Beziehungen dieser Art stehen, und die daraus sich ergebenden Kollisionen würden manchmal Schwierigkeiten bereiten. Eine res furtiva wird dem redlichen Besitzer gestohlen, der Dieb verliert sie im Machtbereich des Eigentümers. Der Entleiher verliert die geliehene Sache im Hause des Verleihers u. s. w.

Uns scheint, als ob gerade um dieser Beziehungen willen das Bedürfnis nach Besitzschutz hier regelmässig nicht gegeben ist. Denn diese ermöglichen es an sich schon, die Sache wiederzuerlangen, mittels der rei vindicatio, der actio confessoria u. s. w.

Umgekehrt steht jemand zu der Sache, welche ihm andere mit dem animus tradendae poss. in seinen Machtbereich schaffen, vielfach in keinerlei Beziehungen, und gerade deshalb ist ja in Fällen dieser Art Besitzschutz so sehr angebracht.

Demgemäss sehen wir in dem Umstand, dass das Gesetz jemandem hinsichtlich der in seinen Machtbereich gelangten Sachen seinen Schutz angedeihen lässt, grundsätzlich keine iusta causa für den privilegierten Besitzerwerb.

Vielleicht kann man sich für diese Entscheidung noch auf § 581 Abs. 1 BGB. berufen: „Der Vermieter

darf die Entfernung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen, soweit er ihr zu widersprechen berechtigt ist, auch ohne Anrufen des Gerichts verhindern und, wenn der Mieter auszieht, die Sachen in seinen Besitz nehmen."

Das Gesetz verlangt also hier ganz allgemein die „Inbesitznahme" der Pfandsachen durch den Vermieter. Wenn auch zunächst an den Fall gedacht sein mag, dass der Vermieter sie dem ausziehenden Mieter gewaltsam wegnehme, so muss dies doch bei der allgemeinen Fassung auch dann gelten, wenn der Mieter einige der Pfandsachen ohne Wissen des Vermieters aus irgend einem Grunde, z. B. Vergesslichkeit, in seiner früheren Wohnung zurückgelassen hat. Der Vermieter hat also nicht ohne weiteres auf Grund des Pfandnexus an diesen Sachen Besitz.

Dagegen scheint uns Besitzerwerb unabhängig von der dahin zielenden Absicht einer andern Person oder sogar im Widerspruch mit ihrem Willen in folgenden Fällen denkbar.

§ 911 Satz 1 BGB.: Früchte, die von einem Baume oder einem Strauche auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, gelten als Früchte dieses Grundstücks.

§ 946 BGB.: Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstück derstalt verbunden, dass sie wesentlicher Bestandtsil des Grundstücks wird, so erstreckt sich das Eigentum an dem Grundstück auf diese Sache.

§ 964 BGB.: Ist ein Bienenschwarm in eine fremde besetzte Bienenwohnung eingezogen, so erstrecken sich das Eigentum und die sonstigen Rechte an den Bienen, mit denen die Wohnung besetzt war, auf den eingezogenen Schwarm. Das Eigentum und die sonstigen Rechte an dem eingezogenen Schwarme erlöschen.

Vielleicht lassen sich diese Beispiele noch vermehren.

Ihre Eigentümlichkeit liegt einmal in dem originären Erwerbsgrund. Das Gesetz hegt hier gewissermassen selbst die Zuwendungsabsicht.

Doch ginge man gewiss zu weit, wollte man in diesem Umstand allein eine iusta causa für den privilegierten Besitzerwerb sehen. Jenen Fällen ist nämlich weiter eigentümlich, dass der originäre Erwerb grundsätzlich an den Umstand geknüpft ist, dass die zu erwerbende Sache in gewisse äussere Beziehungen zu dem Erwerber tritt. Und zwar werden diese Beziehungen regelmässig der Art sein, dass man sagen kann: die Sache ist in seinen Machtbereich getreten.

Trifft dies aber zu, so verlangt es die Analogie zu den früheren Fällen, hier gleichfalls Besitzerwerb anzunehmen. Wenn jemand Besitz an den Äpfeln erwirbt, die ihm sein Freund und Nachbar gelegentlich der Ernte in seinen Garten wirft, so kann man gewiss nicht umhin, ihm den Besitz an dem Überfall des § 911, der gesetzlichen Liebesgabe, zuzusprechen.

Ein hübses Beispiel zu § 946 bietet Fritz Reuter[1]). Der Knecht des Kurz fährt versehentlich den teuer gekauften Mist auf den Acker des Nachbars seines Herrn und streut ihn dort. Noch dazu lebt Kurz mit dem Nachbar in Feindschaft[2]).

Der glückliche Nachbar dürfte nicht nur Eigentum, sondern auch Besitz an dem Mist erwerben[3]).

---

1) Ut mine Stromtid. 3. Teil Kap. 39.

2) Auf die juristische Seite dieses Falles wurden wir durch den Umstand aufmerksam, dass Zitelmann ihn in seinem Civilrechtspraktikum W.-S. 1898/99 zum Gegenstand einer Übung machte.

Nicht dagegen erwirbt jemand Besitz an dem Schuldschein über die ihm abgetretene Forderung, welche der bisherige Gläubiger in seinem Hause wider Willen verloren hat. Dass hier der originäre Eigentumserwerb und das corpus zusammenfallen, ist reiner Zufall. Grundsätzlich hat ersterer mit dem letzteren garnichts zu schaffen. Cft. § 952 BGB. Übrigens fallen auch in den Fällen des § 911 u. s. w. Eigentumserwerb und Besitzerwerb nicht unter allen Umständen zusammen. Denn möglich ist auch hier der Eigentumserwerb, obwohl die Sache nicht in den Machtbereich des Erwerbers tritt, z. B. wenn jemand gewaltsam des Grundstücks entsetzt ist und dessen Besitz verloren hat. Besitz erwirbt er während dieser Zeit an dem Überfall nicht, wohl aber Eigentum.

Ist das Grundstück verpachtet, so kommt die Bestimmung des § 911 in jeder Richtung dem Pächter zu gute; im Falle des § 946 dürfte zu gunsten des Pächters und mittelbar auch des Eigentümers Besitzerwerb des ersteren an den hinzutretenden Bestandteilen anzunehmen sein.

---

3) Bedenken könnten in den Fällen des § 946 darüber enstehen, ob ein selbständiger Besitzerwerb an der hinzutretenden Sache möglich ist. Der Umstand, dass sie wesentlicher Bestandteil ist, steht nicht entgegen, wie § 865 ergiebt. Vergl. über die ganze Frage Dernburg BR. III § 15. Uns scheint im vorliegenden Fall ein selbständiger Besitz sehr wohl annehmbar. Aber auch vom entgegengesetzten Standpunkt aus dürfte es gerechtfertigt sein, § 946 in dem Zusammenhang, wie es oben geschehen ist, zu behandeln. Denn auch dann liegt ein Besitzerwerb vor, allerdings in der eigenartigen Form einer Erstreckung des alten Besitzes. Darüber, dass keinesfalls ein Besitzwille in bezug auf die hinzutretende Sache vorhanden ist, vergl. oben Seite 35.

Schluss.

Die Wirkungen des Besitzes ohne Besitzwillen.

Zum Schluss sei kurz die Frage gestreift, welche rechtliche Wirkungen der Besitzerwerb ohne Besitzwillen hat.

Jemand stellt z. B. in Schenkungsabsicht ein Buch heimlich in die Bibliothek seines Freundes. Selbstverständlich wird der Empfänger dadurch noch nicht Eigentümer des Buches. Dazu bedarf es jedenfalls seiner Mitwirkung. Einstweilen verbleibt daher die Sache im Eigentum des andern, sie wechselt ihren Herrn erst durch die dahingehende Einigung der Beteiligten. Diese blosse Einigung wird gemäss § 929 Abs. 2 genügen, da der Erwerber ja bereits im Besitz ist. Die Einigung setzt natürlich Kenntnis auf Seiten des Erwerbers voraus. Die Annahme der Offerte dürfte in vielen Fällen dieser Art nicht empfangsbedürftig sein, da ein Verzicht auf die Erklärung der Annahme häufig anzunehmen sein wird.

Mangelt dem Zuwendenden das Eigentum, so ist massgebend für den guten Glauben des andern der Zeitpunkt der Einigung.

Es ergiebt sich also, dass der Empfänger Eigentümer nur durch seine Mitwirkung wird. Das Gleiche muss hinsichtlich des Eigenbesitzes behauptet werden. Dass jemand eine Sache als ihm gehörend besitze, kann man naturgemäss nur sagen, wenn er einen dementsprechenden Willen gefasst hat.

Folglich treten auch die mit Eigentum und Eigenbesitz verbundenen Rechtswirkungen erst nach jenem

Akt der Mitwirkung ein. Handelt es sich um eine fruchttragende Sache, so fallen dem Empfänger erst von dann ab die Früchte zu. Ist die Sache eine res furtiva, so beginnt er erst dann die Ersitzung, möglicherweise also erst nach der Zeit von 10 Jahren.

Oder soll man, wenn einmal Eigentum oder Eigenbesitz entstanden sind, rückwirkende Kraft annehmen, d. h. die Wirkungen dieser schon vom Augenblick des privilegierten Besitzes datieren? Das Gesetz gewährt hierfür nicht den geringsten Anhaltspunkt, ja die Rückwirkung dürfte seinem Willen widersprechen. Denn wenn z. B. die Sache eine res furtiva ist und der Empfänger sie erst nach 10 Jahren findet, soll er sie dann schon ersessen haben, wofern er nur in diesem Augenblick in gutem Glauben ist? Nach der Idee des Gesetzes soll doch die Feuerprobe der Redlichkeit 10 Jahre dauern, 10 Jahre soll sie allen Angriffen des Eigentümers siegreich widerstehen. Hier wäre aber gar kein Angriffsobjekt. Wer wird den Besitz angreifen, von dem keiner etwas weiss, der Besitzer selber auch nicht?

Wenn man davon absieht, dass der Besitz ohne Besitzwillen die Übergabe bei der Eigentumsübertragung erspart, so besteht seine einzige Wirkung in dem Besitzschutz. Dass sich der Besitz so rein auf diese allerdings sein Wesen ausmachende Funktion beschränkt, wird man sonst kaum finden. Dieser Besitz ist so sehr um seiner selbst willen da, dass man weder von ihm sagen kann, er sei Eigenbesitz, noch, er sei Fremdbesitz. Er ist einstweilen nur „Besitz“. Aber dieses einstweilen verrät es, dass er in Wahrheit nur ein Interimsding ist. Hat ein dritter die Sache in der Zwischenzeit, d. h. nach der Herstellung des corpus, aber bevor der Empfänger Kenntnis davon erlangte,

weggenommen, so kann der letztere die Klage wegen Besitzentziehung anstrengen. Dies steht durchaus im Einklang mit § 858: „Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht u. s. w., handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung etc. gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht)". Ohne den Willen eines andern handelt man nicht nur, wenn man gegen ihn handelt, was sein Dasein voraussetzt, sondern schon dann, wenn man nicht mit dem Willen des andern handelt. — Möglich ist auch, dass der Empfänger das Thun des andern nicht gutheisst und als eine Aufdringlichkeit ansieht, sei es, dass er die Sache überhaupt nicht haben will, oder aber nicht in der Art, wie sie ihm angeboten wird. Letzteres kann geschehen, weil der Empfänger die Offerte überhaupt nicht erkennt: er hält z. B. die Sache für eine herrenlose; oder er erkennt sie zwar, ist aber nicht geneigt, sie anzunehmen: er nimmt z. B. die Sache an sich, will sie jedoch nur leihen statt kaufen. Schliesst nun der Umstand, dass der Empfänger die Sachen nicht entsprechend der Absicht des andern haben will, den Besitzerwerb aus? Nein, über diesen ist, wie wir sahen, längst entschieden; der Wille des Zuwendenden allein genügte. Wird also die Sache von einem dritten weggenommen, bevor der Empfänger von ihr erfuhr, so steht der Klage des letzteren wegen Besitzentziehung nicht entgegen, dass er den Antrag des Zuwendenden, die Sache zu kaufen, nicht angenommen hat. Die Möglichkeit zu klagen kommt unter solchen Umständen mehr dem bisherigen als dem jetzigen Besitzer zu gute

Auch wenn der Empfänger die Sache, nachdem er erfahren hat, dass sie in seinen Machtbereich gelangt ist, überhaupt nicht zu haben den Willen

fasst, wird dadurch an dem einmal vollzogenen Besitzerwerb nichts geändert. Es bedarf vielmehr besonderer Umstände, damit der Besitz endige. In welcher Weise muss der Wille, den ohne sein Zuthun erlangten Besitz nicht mehr fortzusetzen, sich äussern? Bei dem vom Willen erfüllten Besitz genügt die blosse Erklärung jedenfalls nicht. Denn § 856 BGB. sagt: „Der Besitz wird dadurch beendigt, dass der Besitzer die thatsächliche Gewalt über die Sache aufgiebt oder in anderer Weise verliert.“ Das Aufgeben der thatsächlichen Gewalt wird als eine Art des Verlustes derselben hingestellt. An deren Dasein wird aber durch eine Erklärung, nicht mehr besitzen zu wollen, nichts geändert, so wenig wie sie durch eine Erkärung des entgegengesetzten Inhalts unter regelmässigen Umständen begründet wird[1]).

Es verlangt nun die Konsequenz, ein Gleiches für das Aufgeben des Besitzes ohne Besitzwillen anzunehmen. Denn das Gesetz giebt für eine verschiedene Behandlung keinen Anhaltspunkt. Demgemäss muss der Empfänger die Sache, deren Besitz ihm aufgedrängt wurde, wirklich aus seinem Machtbereich entfernen, wenn auch vielleicht nicht notwendig ist, dass sie aus seinem Bereich kommt.

Im Leben regeln sich natürlich solche Fälle von selbst; von Rechtswegen ist aber zu fragen, ob der Empfänger auch so handeln darf. Hat er z. B. das Recht, die ihm zur Ansicht ins Haus beförderte Ware, von einem Ärger erfasst, zum Fenster hinauszuwerfen? Richtig ist, dass der andere sein Eigentum oder seinen Besitz verletzte, indem er die Sache hineinbrachte, und dass er diese Einwirkung zurückweisen darf gemäss § 903 bezw. 859 BGB.

---

1) Planck zu § 856 Note 2 cft.

Aber es dürfte nicht zulässig sein, die einmal vollendete Einwirkung im Wege der Selbsthilfe zu beseitigen. Es ist vielmehr der Klageweg gemäss § 1004 bezw. 862 BGB. zu beschreiten. Der mit dieser Umständlichkeit verbundene Schade ist eventuell von dem Störer zu ersetzen. Zur Selbsthülfe darf der andere nur schreiten, wenn besondere Umstände es rechtfertigen, z. B. der Fall des § 228 BGB. vorliegt.

Noch einen andern Nachteil wird derjenige, dem der ohne sein Zuthun erlangte Besitz nicht genehm ist, empfinden. Er ist für alle die Klagen, welche Besitz des Beklagten zur Voraussetzung haben, passiv legitimiert. Die Rolle des besitzenden Beklagten ist aber unter Umständen viel ungünstiger als die des aus § 867 Verfolgten. Und doch sind beide ohne ihr Zuthun an die Sache gekommen und verdienten wohl die gleiche Behandlung. Nehmen wir den Fall an, dass ein Dieb die gestohlene Sache seinem redlichen Freund ins Haus legt, damit dieser sie für ihn verwahre. Der Freund bemerkt später die Sache und weiss auch, dass sie unrecht Gut ist. Es liegt also der Thatbestand vor, dass jemand besitzt und zum Besitz nicht berechtigt ist: BGB. § 990 Satz 2. Von dem Augenblick seiner Kenntnis an ist er nunmehr gemäss BGB. § 989 „dem Eigentümer für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, dass in Folge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem andern Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann“. Es bleibe dahingestellt, wie weit man hier in der Auslegung des Begriffes Verschulden zu gehen hat. Angenehmer dürfte immerhin die Lage desjenigen sein, in dessen Bereich ein Dieb eine Sache schaffte, um sich ihrer zu entledigen.

Vita.

Geboren wurde ich, Leo Raape, zu Rheydt (Kreis München-Gladbach) am 14. Juni 1878 als Sohn des Eisenbahnbeamten Bernhard Raape und seiner Ehefrau Sophie geb. Graebke.

Nachdem ich nacheinander die Elementarschulen zu Osterburg (Altmark), Viersen, Rheydt und Krefeld besucht hatte, trat ich Ostern 1888, durch meinen Vater vorbereitet, in die Quinta des Gymnasiums zu Krefeld ein und verliess die Schule Ostern 1896 mit dem Zeugnis der Reife.

Von da ab widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft auf der Universität Bonn. Am 27. Juni 1899 bestand ich vor der Kommission am Kgl. Oberlandesgericht zu Köln die erste juristische Prüfung. Durch Verfügung des Herrn Präsidenten des genannten Gerichts wurde ich zum Referendar ernannt, durch Verfügung des Herrn Präsidenten des Kgl. Landgerichts zu Bonn dem Kgl. Amtsgericht zu Königswinter überwiesen und am 22. Juli 1899 vereidigt und in den Dienst eingeführt. Vom 22. April 1899 ab war ich auf die Dauer eines Jahres bei dem Kgl. Landgericht in Bonn beschäftigt, und nach dem Ablauf dieser Zeit wurde ich der Kgl. Staatsanwaltschaft daselbst zur weiteren Beschäftigung im Vorbereitungsdienst überwiesen.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich vor der hohen juristischen Fakultät zu Bonn am 30. Januar 1901.

Meine akademischen Lehrer waren die Herren Professoren und Dozenten:

Baron, Bender, Bergbohm, Cosack, Dietzel, Gaufinez, Gothein, Hüffer, Krüger, Landsberg, Litzmann, Loersch, Neuhäuser, Pelman, Pflüger, v. Schulte, Seuffert, Ungar, Zitelmann.

Allen diesen Herren bin ich zu aufrichtigem Dank verpflichtet. Vor allem aber drängt es mich, Herrn Geh. Justizrat Prof. Dr. Zitelmann für seine mannigfachen Anregungen bei Anfertigung vorstehender Arbeit auch an dieser Stelle herzlich zu danken.

Thesen.

1. § 164 Abs. 2 BGB. wirkt nicht nur zu Lasten, sondern auch zu Gunsten des Vertreters; ferner nicht nur im Verhältnis der Parteien zu einander, sondern auch nach aussen.

2. § 857 BGB. ist für den Thatbestand des § 242 StGB. nicht heranzuziehen.

3. Der dolus eventualis ist in § 187 StGB. nur beschränkt zu verwerten.

4. Der Bundesrat ist keine parlamentarische Körperschaft.

5. Weihbischof und Titularbischof sind verschiedene Begriffe.